

Dossier: Defensa del Consumidor

Selección de Jurisprudencia y Doctrina

Contenido

JURISPRUDENCIA.....	7
I Garantía al consumidor.....	7
II In dubio pro consumidor	13
III Oferta al consumidor	19
IV Audiencia pública	25
V Participación del consumidor.....	38
VI Contratos de consumo	44
VII Contratos de adhesión.....	66
VIII Cláusulas leoninas.....	75
IX Compraventa de automotores	82
X Tarjeta de crédito	97
XI Contratos bancarios – Entidades bancarias.....	109
XII Contrato de transporte.....	121
XIII Seguros	131
XIV Servicio telefónico	141
XV Gas.....	159
XVII Responsabilidad por productos elaborados.....	160
XVIII Información al consumidor	177
A Deber de información.....	177
B Publicidad comparativa	188
C Publicidad engañosa	190
E Casos generales.....	210
XIX Sanciones administrativas	230
XX Marcas	250
XXI Servicio público.....	252
XXII Competencia.....	262
XXIII Acción de amparo.....	278
XXIV Ley aplicable	289
XXV Derechos y garantías constitucionales	304
XXVI Daño punitivo	312
XXVII Casos concretos.....	319

DOCTRINA.....	402
La introducción del concepto de "consumidor hipervulnerable" y la ampliación de la responsabilidad de los titulares de derechos marcarios frente a ellos	402
Aplicación de principios protectorios del derecho del consumo en un caso judicial	428
Integración de las normas incompletas o no independientes de Kelsen.....	431
Los cargos adicionales al precio y un nuevo análisis de abusividad desde la neurociencia y los sesgos cognitivos.....	435
De los términos abusivos y cláusulas ineficaces en las relaciones de consumo. Los contratos de adhesión en la Ley de Defensa del Consumidor. Segunda Parte	440
Las nuevas etiquetas de eficiencia energética de la Unión Europea: Su especial importancia para los consumidores argentinos	448
Neurociencias & relaciones de consumo. (Libertad contractual o intervencionismo oficial?	452
Responsabilidad bancaria ante estafa electrónica. Medida cautelar a favor del consumidor	459
Un fallo judicial sobre condiciones de hipervulnerabilidad en la relación de consumo	462
Las neurociencias y el deber de informar. La imperiosa necesidad de estudiar al sujeto antes de hacer leyes estériles	464
Neurociencias & Derecho del consumidor. El crédito, el sobreendeudamiento y el consumo. Primera Parte.	473
En los Accidentes de Tránsito siempre se aplica la Normativa del Consumidor (o preguntamos (se aplica el Código Civil y Comercial a los Seguros?).....	478
Neurociencias & Derecho del consumidor. El crédito, el sobreendeudamiento y el consumo. Segunda Parte	485
Derecho fácil para consumidores y proveedores. Breve comentario de la Resolución Nº 274/2021 de la Secretaría de Comercio	493
El tratamiento de los servicios públicos domiciliarios en la Ley de Defensa del Consumidor	499
Neurociencias & Derecho. El pagaré de consumo: la legitimación del fraude. El monstruo del injusto ejecutivo. De las operaciones de venta de crédito. Tercera Parte.....	512
Ejemplos de regulación del "acceso al consumo"	523
Sobre la necesidad de proteger a los consumidores argentinos mediante el uso de etiquetas de eficiencia energética: Su función ambiental y frente al cambio climático	529
Precios máximos en épocas de coronavirus y derechos del consumidor	533
Neurociencias, inteligencia artificial & Derecho. Lo real como enunciado de la percepción. La inteligencia artificial como profecía autocumplida	537
Del discernimiento y la intención al acto jurídico impulsivo. El impacto de las neurociencias en la Teoría General del Acto Jurídico. El pensamiento de Daniel Kahneman	553
La autonomía de la voluntad como regla contrafáctica. El derrumbe del Derecho Privado tradicional ..	567
Procesos colectivos en defensa del consumidor y activismo judicial	581
El impacto de las neurociencias en el consumo masivo: el ocaso de la autonomía de la voluntad	594

El instituto de la compensación de las obligaciones como práctica abusiva en el ámbito del derecho del consumidor	606
Los procesos en materia de consumo	611
El abuso de posición dominante.....	621
Acerca de las etiquetas de eficiencia energética: Sus características, su función ambiental y climática, y su comprensión por los consumidores	637
Tres instrumentos para proteger a los consumidores ambientales en la Argentina: Etiquetas de eficiencia energética, etiquetas de huella de carbono, y marcas colectivas.....	641
Las neurociencias obligan a repensar la antijuridicidad. El fraude de la información irrelevante	645
Estudio exegético de la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación: Consumidores Hipervulnerables	656
Etiquetado frontal de alimentos: (Cuál es su importancia para la protección de los consumidores en la Argentina?	662
El triunfo de los derechos del consumidor argentino: reconocimiento de legitimación a una asociación de consumidores en una acción colectiva de consumidores hipervulnerables	669
El Derecho privado sin sujetos racionales, el acto voluntario sin discernimiento y el contrato sin autonomía de la voluntad	677
Las neurociencias en nuestro ordenamiento normativo. Aplicación de las neurociencias en la teoría general del acto jurídico. El pensamiento de Richard Thaler y Cass Sunstein	690
Breve síntesis esquemática del régimen básico nacional de defensa del consumidor a la luz de la jurística	733
El beneficio de justicia gratuita de consumidores y usuarios en un fallo judicial	741
Concurrencia de resarcimiento y multa administrativa en un caso judicial de derecho del consumo.....	743
El consumidor frente a las cláusulas abusivas.....	745
Una nueva teoría general de los contratos. Capítulo introductorio	754
Nuevas tendencias en materia de contratos. Hacia un contrato menos libre, pero más justo.....	762
Los primeros diez años de los daños punitivos. Apuntes críticos al anteproyecto de reforma de la ley de defensa del consumidor. No dejemos que sean los últimos.....	773
La norma más favorable al consumidor en caso de secuestro prendario (Fallo "H.S.B.C. Bank", CSJN) ..	784
Primeros pasos en el Derecho del Consumo: el mensaje presidencial "Kennedy" de 1962.....	786
La influencia de las marcas comerciales en el fortalecimiento de la sostenibilidad y de los consumidores ambientales	789
La creación de expectativas. Un nuevo factor atributivo de responsabilidad	800
El consumidor político como agente preferencial para la mitigación del cambio climático: El uso del etiquetado de huella de carbono	815
Derechos, principios y daño punitivo en un caso de falta de servicio de internet	823
Los Derechos Humanos y los derechos del consumidor. Entre el realismo mágico y el populismo jurídico.	829

Las conductas anticompetitivas en el mercado del software tecnológico. Defensa del Consumidor y Defensa de la Competencia.....	847
Función social del régimen jurídico del consumo a la luz de la teoría crítica del derecho	854
El consumidor inquilino	862
Algunos caracteres del derecho del consumo aplicados en un fallo judicial	869
Desarrollo tecnológico y responsabilidad. Los nuevos desafíos del derecho	872
Marcas sustentables, etiquetas ecológicas y consumidores: Su interacción en derecho argentino	885
Recuerda, Todos Somos Uno.....	905
Consumidores: hay jueces que huyen de los Derechos Humanos.....	909
Cuenta corriente bancaria y derechos del consumidor: algunos aspectos puntuales.....	914
Acerca de la Constitucionalidad del daño punitivo o multa civil en el derecho del consumo argentino .	920
Configuración del "daño punitivo" o "multa civil" en el derecho del consumo en Argentina: lo que el legislador no dijo no es ley	926
Cuestionable criterio jurisprudencial en un caso de derecho del consumo	933
El derecho no se presume conocido por los consumidores (nuevos principios legales)	939
No hay Des-Obligación sin causa (Nuevos principios legales).....	946
Procesos en materia de consumo	951
La eliminación unilateral de las facturas de servicios en soporte papel viola derechos de usuarios y consumidores	975
Primeros pasos en el Derecho del consumo. Parte decimonovena (Acerca del presupuesto fáctico del Derecho de consumo)	980
Primeros pasos en el derecho del consumo. Decimoctava parte (responsabilidad de proveedores y prestadores)	985
"Intrigulis del Consumidor: bajar los costos, pero (A qué "costo" ?)".....	994
Primeros pasos en el derecho del consumo. Decimosexta parte (Determinación del concepto de "sujeto de derecho tutelado" en el régimen normativo del consumo).....	998
Primeros pasos en el derecho del consumo. Decimoquinta parte (Alcances jurídicos de la protección y la defensa de consumidores y usuarios)	1003
Pervivencia de normas tutelares del consumo ante reformas legislativas derogatorias	1008
Compraventa y protección de los consumidores	1014
Cuestionamientos al nuevo régimen tuitivo del consumo: aspectos relativos al consumidor y al proveedor	1059
Código Civil y Comercial: Incidencia en materia de interpretación e integración de los contratos de consumo	1069
Los nuevos derechos del consumidor: Un límite a los derechos de marcas y patentes	1074
Deber de informar y la exhibición de precio cierto al consumidor. Avances jurisprudenciales y legislativos	1081
El renacimiento del Derecho del Consumidor: La nueva regulación de la ley 26.993	1092

Código Civil y Comercial: Incidencia del Título Preliminar en el Derecho del consumo	1100
Un nuevo espaldarazo al derecho de consumo en la provincia de Buenos Aires	1107
Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Undécima parte (Grupo normativo básico).....	1113
Comentario a la reglamentación del sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo (COPREC)((Dto. N° 202/2015)	1118
El régimen de defensa del consumidor a partir de la vigencia de la ley aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.	1121
Primeros pasos en el Derecho del consumo. Novena parte (Desde el consumo)	1130
Primeros pasos en el Derecho del consumo. Octava parte. (El factor publicidad)	1134
El daño directo como daño patrimonial: la exclusión del daño moral.....	1138
Reflexiones sobre los contratos de consumo en el Código Civil y Comercial: más pasos adelante.....	1144
Nuevo fuero del consumidor en la Provincia de Buenos Aires. (es factible su implementación?	1148
El Digesto Jurídico Argentino y la propiedad intelectual: una relación armónica con un futuro promisorio	1151
El nuevo proceso de consumo: hacia una mejora de la tutela judicial efectiva del consumidor	1159
Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Séptima parte. (Modelización del Derecho del consumo)	1164
La justicia y el fuero del consumidor. Comentarios. Fundamentos	1170
Consumismo, un atributo de la sociedad.....	1175
"Nueva Justicia en las Relaciones de consumo: la satisfacción de una deuda pendiente"	1182
Los consumidores y usuarios: los nuevos actores del siglo XXI.....	1188
La protección en el uso de la marca, el sponsoreo y la publicidad engañosa aplicada al ámbito deportivo	1198
Primeros pasos en el derecho del consumo. (El usuario de servicios de profesionales liberales). Sexta parte	1201
Alcances legales del denominado Contrato de Asistencia Integral al Viajero	1216
Primeros pasos en el derecho del consumo. (El usuario de servicios de comunicación masiva, consumidor de mensajes y contenidos). Quinta Parte	1222
Algunos efectos de la publicidad en el Proyecto de Unificación.....	1226
Primeros pasos en el derecho del consumo. (Vicisitudes del consumidor). Cuarta parte.....	1228
Primeros pasos en el derecho del consumo. Tercera parte.....	1234
Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte	1239
Algunas referencias sobre el derecho del consumidor	1247
Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Primera parte.....	1251
El árbitro de consumo ante los derechos instrumentales del consumidor.....	1258
Cigarrillos, publicidad e información al consumidor. Un comentario a la ley 26.687.....	1268
El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor.....	1282

Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (primeras aproximaciones).....	1293
La actividad desplegada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de 2004 como expresión de una política jurisprudencial	1312
La regulación de las empresas de medicina prepaga.....	1319
Defensa del Consumidor Inmobiliario y el Fideicomiso. A propósito del Daño Punitivo.....	1323
La nueva Ley 26.682 de Medicina Prepaga en los consumidores y usuarios	1333
El trato digno y equitativo al consumidor a la luz de los principios constitucionales.....	1344
La responsabilidad del banco por los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos	1351
El nuevo concepto de reticencia a la luz de la ley de defensa del consumidor	1366
Los ‘daños punitivos’: una herramienta para la protección de los consumidores de seguros	1369

JURISPRUDENCIA

I | Garantía al consumidor

Sumario nro. C2006434

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DEBER DE SEGURIDAD

TEXTO

Corresponde confirmar la multa impuesta por la Dirección General de Defensa y rotección del Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires al shopping por el hurto dentro del auto de un cliente ocurrido en el estacionamiento del centro comercial, toda vez que el deber de seguridad no abarca exclusivamente el sector de góndolas o cajas, sino que también se extiende al predio en su conjunto incluyendo las playas de estacionamiento, los sectores de esparcimiento, los patios de comida, etc.

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Balbín - Díaz - Schafrik)

Coto Centro Integral de Comercialización SA y otros c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor

SENTENCIA del 6 DE FEBRERO DE 2020

Sumario nro. N0019945

TEMA

DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-COMPRAVENTA MERCANTIL

TEXTO

Corresponde revocar el fallo que rechazó la demanda de daños y perjuicios contra la fábrica del producto, deducida por un consumidor que había comprado una cocina que presentaba desperfectos, dado que los mismos no lograron ser reparados satisfactoriamente en los términos del art. 17 de la ley 24.240 y, reconocida la operación de compraventa, pesa sobre el fabricante la obligación de garantía por los vicios que experimenta el bien adquirido.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.17

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL (Machín - Villanueva)

Bellotti, Daniel Aníbal c/ Ansila S.A. y otro s/ ordinario

SENTENCIA del 28 DE AGOSTO DE 2019

Identificación SAIJ : LL009350

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Corresponde condenar a un comercio a entregarle una computadora nueva a una clienta, quien adquirió un aparato que nunca funcionó y no fue reparado por el servicio técnico, a la vez que estableció una indemnización en concepto de daños y perjuicios, toda vez que la accionada no cumplió con el deber contractual de garantía ínsito en la relación de consumo que la unió con la actora, que surge claramente de la normativa transcripta, pese a que transcurrió un tiempo más que prudencial, y existieron distintas oportunidades extrajudiciales y judiciales para que dicha obligación fuera cumplimentada.

FALLOS

JUZGADO DE 1ra INST. EN LO CIVIL, COM, LABORAL Y DE MINERIA Nro 3 , SANTA ROSA, LA PAMPA

(Abel Arnaldo ARGÜELLO)

E., J. A. c/ Fravega S.A.C.I. e I. s/ cumplimiento de contrato

SENTENCIA del 11 DE SETIEMBRE DE 2018

Nro.Fallo: 18340002

Identificación SAIJ : LL009204

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-GARANTIA AL CONSUMIDOR

Resulta adecuada la condena que en el marco de una relación de consumo ordena a la fábrica de automotores y a la concesionaria a entregarle al comprador de un automóvil 0 km con defectos de fabricación otro de idénticas características pero correspondiente al año de la efectiva entrega, si en virtud de lo dispuesto por el art. 17 de la ley 24.240, el accionante optó por la sustitución de la cosa adquirida, dado que el equilibrio patrimonial del comprador no se restablece con la entrega una cosa de igual calidad cronológica que la sustituida, pues la sola antigüedad del bien importa -sobre todo en el caso de los automotores- una disminución de su valor en el mercado en relación con el valor de los vehículos 0 km recién fabricados.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.17

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA , SANTA ROSA, LA PAMPA

Sala 01 (Martín - García de Olmos)

Tueros, Arnaldo Pablo c/ Peugeot Citroen Argentina S.A. y Otros s/ Ordinario

SENTENCIA del 30 DE AGOSTO DE 2013

Nro.Fallo: 13340022

.....

Identificación SAIJ : A0074583

TEMA

CUESTIONES DE COMPETENCIA-DEFENSA DE LA COMPETENCIA-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-COMPETENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA FEDERAL-RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Si bien el órgano judicial competente en Capital para conocer en los casos vinculados con la aplicación del régimen legal de defensa de la competencia (ley 25.156) es la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, dicho criterio no resulta de aplicación cuando la cuestión litigiosa importa determinar si la operación de concentración económica que se cuestiona se efectuó en violación al régimen jurídico de protección de los derechos del consumidor (art. 42 de la Constitución Nacional y ley 24.240), que también se integra con las disposiciones de la ley de defensa de la competencia (ley 25.156), según establece el art. 3º de la ley de defensa del consumidor, de modo que si la actividad jurisdiccional que se pretende se encuentra vinculada con actos dictados por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, y está en juego la responsabilidad extracontractual del Estado, la causa es de la competencia de la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, PETRACCHI, ZAFFARONI, ARGIBAY)

Unión de Consumidores de Argentina c/ Telefónica de Argentina S.A. y otros s/ sumarísimo
SENTENCIA, 917.XLVII del 30 DE ABRIL DE 2013

Nro.Fallo: 13000041

.....
Identificación SAIJ: N0017333

SUMARIO

PRESCRIPCIÓN-BIENES REGISTRABLES-GARANTÍA LEGAL AL CONSUMIDOR: ALCANCES; ADMISIBILIDAD

Cuando como —en el caso— el actor adquirió cierto automotor en la concesionaria co-demandada y tal rodado ostenta un desperfecto —zumbido proveniente de la caja de velocidades— que, en la versión de las accionadas, no existía al tiempo de la compra del automotor, ante el reclamo de las éstas quienes manifestaron, que cumplieron con su deber de garantía y que la acción se encontraba prescripta en los términos del art. 50 de la Ley 24.240, art. 4041 del Cciv. y art. 473 del Ccom, en tal sentido tal defensa se sustentó en las previsiones de los arts. 473 del Ccom. y 4041 del Cciv., ambos referidos a la extinción de la acción fundada en los vicios o defectos ocultos de la cosa. Y lo cierto es que, la base argumental del reclamo concierne al incumplimiento de la garantía legal prevista por el art. 11 de la Ley 24.240. En ese marco: si la acción hubiera sido deducida con apoyatura en la responsabilidad por daños del art. 40 de la citada ley, devendría aplicable el término de prescripción trienal establecido por el art. 50 de aquélla normativa. Sin embargo, dado que se demandó aquí por incumplimiento del deber de garantía, la relación jurídica se subsume en la previsión del art. 11 de la LDC, correspondiendo la aplicación del plazo de prescripción previsto por el art. 846 del Ccom. Ello así, procede condenar a las defendidas a la reparación del automotor y el pago de \$10.000 por daño moral.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.4041, Ley 2.637 Art.473, Ley 24.240 Art.11, Ley 24.240 Art.40, Ley 24.240 Art.50

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(Tevez - Barreiro - Ojea Quintana.)

ORITI, LORENZO CARLOS c/ VOLKSWAGEN ARGENTINA S.A. Y OTRO s/ ORDINARIO.

Identificación SAIJ: Q0024139

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-GARANTÍA AL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE

“La exoneración total o parcial de la responsabilidad del fabricante requiere entonces la acreditación de algunos de los elementos del nexa causal: caso fortuito o fuerza mayor externo a la cosa o empresa o bien culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, no siendo suficiente para el productor probar su falta de culpa”.

DATOS DEL FALLO

CAMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT
Sala B (Graciela Mercedes García Blanco Nélide Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)
A. A. SA Y G. M. DE A. SRL en autos: “L. T. SRL (Z., M. G.)c/ A. A. Y C. s/ RECLAMO s/ APELACIÓN
art. 7 LEY 4219
SENTENCIA, 56-C-10 del 11 DE NOVIEMBRE DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024140

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-GARANTÍA AL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE

“La relación que vincula al adquirente del automotor con el fabricante, en virtud de la garantía por los defectos o vicios que presente, se encuentra regulada por la normas que al respecto contiene la ley 24.240 denominada de defensa al consumidor.

El fabricante, los productores, importadores, distribuidores y vendedores de cosas muebles son solidariamente responsables por la garantía legal que establece la ley 24.240, frente a la existencia de defectos o vicios de cualquier índole, que afecten el correcto funcionamiento, aunque no hubieran sido manifiestos u ostensibles al tiempo del contrato”.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CAMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT
Sala B (Graciela Mercedes García Blanco Nélide Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)
A. A. SA Y G. M. DE A. SRL en autos: “L. T. SRL (Z., M. G.)c/ A. A. Y C. s/ RECLAMO s/ APELACIÓN
art. 7 LEY 4219
SENTENCIA, 56-C-10 del 11 DE NOVIEMBRE DE 2010

Identificación SAIJ: K0026052

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INFRACCIONES FORMALES-GARANTÍA AL CONSUMIDOR-REPARACION DEL PRODUCTO

Debe recalcar que las infracciones formales a la ley 24.240 (en el caso a su art. 15) no requieren la producción de ningún resultado o evento extraño a la acción misma del sujeto para su configuración,

siendo su apreciación objetiva y configurándose por la simple omisión, que basta, por si misma, para violar la norma, en tanto su verificación lleva a entender que al menos ha mediado negligencia del responsable, quien deberá desplegar los medios probatorios para destruir tal presunción. (Sumario confeccionado por el SAIJ)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.15

DATOS DEL FALLO

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Alejandro Juan Uslenghi - Guillermo Pablo Galli)
Garbarino SA c/ DNCI - Disp 129/05 (Ex 64-4205/98)
SENTENCIA, 5606 del 17 DE JULIO DE 2008

Identificación SAIJ: Q0024141

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-GARANTÍA AL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE

Ninguno de los integrantes de la cadena de circulación puede liberarse invocando el hecho de otro (u otros), dado que entre ellos no invisten el carácter de tercero por el cual alguno no debe responder, razón por la cual las interpretaciones efectuadas en cuanto a dicha temática por las apelantes carecen de entidad suficiente para entenderlas como una crítica concreta y razonada para ser tratada en esta instancia compartiendo con la colega preopinante que los planteos aquí efectuados no implican más que una dilación injustificada de pretensión jurisdiccional.

DATOS DEL FALLO

CAMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT
Sala B (Graciela Mercedes García Blanco Nélica Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)
A. A. SA Y G. M. DE A. SRL en autos: "L. T. SRL (Z., M. G.)c/ A. A. Y C. s/ RECLAMO s/ APELACIÓN art. 7 LEY 4219
SENTENCIA, 56-C-10 del 11 DE NOVIEMBRE DE 2010

Sumario nro. K0023598

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-GARANTÍA AL CONSUMIDOR-COMPRAVENTA INMOBILIARIA

Si la unidad se adquiere estando el edificio en construcción, se trata de la adquisición a título oneroso de un "inmueble nuevo" en los términos del art. 1 de la ley 24.240, por lo que el comprador se encuentra amparado como "consumidor".

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.1

DATOS DEL FALLO

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Garzón de Conte Grand, Herrera.)
"Cavi S.A. c/ SIC y T. GCBA Resol. 481/01".
SENTENCIA, 113501/02 del 28 DE AGOSTO DE 2003

Sumario nro. N0011707

SUMARIO

COMPRAVENTA DE AUTOMOTORES-RESPONSABILIDAD SOLIDARIA-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR-GARANTÍA AL CONSUMIDOR-PRIVACIÓN DEL USO DEL AUTOMOTOR-PERDIDA DEL VALOR VENAL DEL AUTOMOTOR

Si del peritaje mecánico resulta que la imprevista apertura del capot del vehículo del accionante, impactando contra el parabrisas, mientras circulaba por una ruta, se debió a la debilidad o endeblez de la pieza de fábrica que efectuaba el mecanismo de cierre de aquel, la reparación debió haber sido efectuada por el concesionario que vendió el rodado o por el fabricante, en atención a ser uno de los supuestos comprendidos en la obligación de garantía acordada al usuario; ante la negativa de ambas a asumir tal obligación de garantía de la que son solidariamente responsables, en su condición de vendedora y distribuidora del vehículo, deberán reintegrar al usuario los gastos de reparación —en el caso, \$2450, conforme lo peticionado (C.P.C.C. art 163-6º)—, así como los restantes perjuicios inferidos al consumidor por el riesgo o vicio de la cosa enajenada, como en el caso son la pérdida del valor venal —en el caso, \$1500 (C.P.C.C. art. 165—3 parte), o la privación de uso del rodado, desestimado en el caso por no haber sido acreditados (cfr. Ley 24.240 art. 11, 13 y 40, texto según ley 24999, de defensa del consumidor).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.520, Ley 17.454 Art.163, Ley 17.454 Art.165, Ley 24.240 Art.11, Ley 24.240 Art.13, Ley 24.240 Art.40, LEY 24.999

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(CAVIGLIONE FRAGA - DI TELLA - MONTI)
HELBLING, CARLOS MARCELO c/ SEVITAR SACIFI Y OTRO s/ SUMARIO
SENTENCIA del 28 DE SETIEMBRE DE 2001

Sumario nro. N0011713

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-GARANTÍA AL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-VICIOS REDHIBITORIOS

La garantía voluntariamente otorgada por el fabricante de un producto —capítulo IV de la Ley 24.240—, es actualmente de carácter legal y obligatoria según modificación Ley 24999 (B.O. 30.7.98), lo cual no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios (Ley 24.240 art.18). Por ello resulta claro que la protección de los intereses económicos de los consumidores, comprende también que se garantice la calidad de los productos e inocuidad de los bienes y servicios que son provistos en el mercado. De allí, la necesidad de imponer al empresario, un estricto deber de asegurar la eficacia, calidad e idoneidad del bien o servicio, para el cumplimiento de la finalidad a la que están destinados de acuerdo con su naturaleza y características.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.18, Ley 24.240, LEY 24.999

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(MIGUEZ - PEIRANO - VIALE)
ARTEMIS CONSTRUCCIONES SA c/ DIYON SA Y OTRO s/ ORDINARIO. (LL 30.4.01, Fº 101.916) -
SENTENCIA del 21 DE NOVIEMBRE DE 2000

Sumario nro. N0012878

SUMARIO

COMPRAVENTA DE AUTOMOTORES-RESPONSABILIDAD SOLIDARIA-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR-GARANTÍA AL CONSUMIDOR-PRIVACIÓN DEL USO DEL AUTOMOTOR-PERDIDA DEL VALOR VENAL DEL AUTOMOTOR

Procede admitir el reclamo por privación de uso del rodado, atento a la indisponibilidad del mismo durante el tiempo de reparación, lo que constituye un menoscabo cuya configuración surge "in re ipsa", como consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación (CCIV art. 520), sin que la accionada haya alegado ni probado circunstancia alguna que obste a tal conclusión — estimado dicho tiempo, por el perito, en una semana, y resultando apropiado el monto insinuado por el reclamante en su demanda, \$50 diarios, cabe fijar por este rubro \$350—. Disidencia del Dr. Monti.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Código Civil Art. 520

DATOS DEL FALLO

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(CAVIGLIONE FRAGA - DI TELLA - MONTI)
HELBLING, CARLOS MARCELO c/ SEVITAR SACIFI Y OTRO s/ SUMARIO
SENTENCIA del 28 DE SETIEMBRE DE 2001

II | In dubio pro consumidor

Sumario nro. J0045828

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-QUEJA-INADMISIBILIDAD DEL RECURSO-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-IN DUBIO PRO CONSUMIDOR-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PROVINCIAL

TEXTO

Los agravios vinculados a que el principio in dubio pro consumidor no sólo refiere a la interpretación del derecho sino también a los hechos y a la prueba rendida en el ámbito jurisdiccional y que todo el principio protectorio del sistema de usuarios y consumidores establece la responsabilidad objetiva del proveedor, invirtiendo la carga de la prueba, no sólo carecen de la decisividad necesaria para arribar a una solución diferente, sino que también se contraponen a lo sostenido por este Cuerpo en los autos "Belfer", oportunidad en la cual se recordó que la regla "in dubio pro consumidor" consagrada en los artículos 3 y 37 de la Ley de Defensa del Consumidor atañe a la interpretación de la ley y del contrato y no a la valoración de la prueba de los presupuestos fácticos de la pretensión, precisándose además que el deber de colaboración contenido en el artículo 53 de la mencionada norma, no implica necesariamente una inversión de las cargas probatorias. - REFERENCIAS NORMATIVAS: Ley 24240, artículos 3, 37 y 53. - Jurisprudencia vinculada: Belfer, AyS T 274, p 280/286, sumario J0042747.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.37, Ley 24.240 Art.53

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE

(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - ERBETTA)
PASETTO, MARIA INES c/ ALTO ROSARIO SHOPPING s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE
INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 27 DE FEBRERO DE 2020

Identificación SAIJ : J0990825

TEMA

IN DUBIO PRO CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD OBJETIVA-CARGA DE LA PRUEBA
Por aplicación del principio in dubio pro consumidor, debe responsabilizarse al fabricante de una bebida -ananá fizz- y al hipermercado que la comercializó, por las lesiones que sufrió en la salud un cliente que la ingirió en mal estado, pues resultando aplicable la responsabilidad de carácter objetiva y por la teoría de la carga dinámica de la prueba, era la codemandada fabricante quien estaba en mejores condiciones de haber probado que la mercadería base del daño o no pertenecía al lote que el fabricante dice haber entregado en condiciones al supermercadista o que la mercadería se encontraba en condiciones normales y viables para ser ingerida.

FALLOS

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL 12va NOMINACION , ROSARIO, SANTA FE
(FABIAN E. DANIEL BELLIZIA)
Espip, Miguel Ángel c/ Coto C. I. C. S. A. y/u otro s/ demanda de daños
SENTENCIA del 7 DE ABRIL DE 2015
Nro.Fallo: 15090002

Identificación SAIJ : F0004443

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-IN DUBIO PRO CONSUMIDOR
El usuario consumidor resulta ser la parte más débil de la relación, pues en los hechos no existe la mentada igualdad económica y social que permita la paridad de condiciones para negociar; hay un marcado desnivel que el derecho del consumidor pretende igualar, protegiendo a la parte más débil del negocio. Y en esta asimetría la inmediatez se transforma en una garantía de acceso a la justicia para los consumidores y usuarios (Cf. STJRNS4 Se. 149/14 "DIRECCION DE COMERCIO INTERIOR"). (Voto del Dr. Apcarián sin disidencia)

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , VIEDMA, RIO NEGRO
Sala DE CAUSAS ORIGINARIAS (APCARIAN - PICCININI - MANSILLA - ZARATIEGUI - ROUMEC (Subrogante)(en abstención).)
DIRECCION GENERAL DE COMERCIO INTERIOR. c/ PEDIDO DE INFORME SERVICIO TELEFONICO MOVIL-MOVISTAR s/ APELACION S/ CASACION.
SENTENCIA, 49/15 del 23 DE ABRIL DE 2015
Nro.Fallo: 15050015

Identificación SAIJ: Q0024134

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-IN DUBIO PRO CONSUMIDOR

“Reconocemos carácter interdisciplinario al llamado derechos de los consumidores ; la problemática, en consecuencia supera las normas del derecho civil, comercial, procesal, penal, administrativo, etc. para comprenderlas e integrarlas sistemáticamente”.

... “Resulta así que, cualesquiera sean las disposiciones legales que afecten a los consumidores, habrán de ser interpretadas en la forma que más favorezca a los consumidores, lo cual puede implicar, en algunos casos, que los jueces deban cambiar los criterios de aplicación que rigieron hasta ahora para normas dictadas con anterioridad a la vigencia del Art. 42 de la Constitución Nacional”.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42

DATOS DEL FALLO

CAMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT

Sala B (Graciela Mercedes García Blanco Néilda Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)

A. A. SA Y G. M. DE A. SRL en autos: “L. T. SRL (Z., M. G.)c/ A. A. Y C. s/ RECLAMO s/ APELACIÓN art. 7 LEY 4219

SENTENCIA, 56-C-10 del 11 DE NOVIEMBRE DE 2010

Sumario nro. A0058321

SUMARIO

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO - CONTRATOS DE ADHESIÓN - CLÁUSULAS PREDISPUES-TAS-CLÁUSULAS EQUIVOCAS - IN DUBIO PRO CONSUMIDOR-BUENA FE

En los casos de contratos con cláusulas predisuestas cuyo sentido es equívoco y ofrece dificultades para precisar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente, en caso de duda debe prevalecer la interpretación que favorezca a quien contrató con aquél o contra el autor de las cláusulas uniformes. Esta regla hermenéutica se impone en razón de expresas disposiciones legales (art. 1198 del Código Civil, art. 218, inc. 3, del Código de Comercio, art. 3 de la ley 24.240).(Sumario confeccionado por el SAIJ).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.1198, Ley 2.637 Art.218, Ley 24.240 Art.3

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT - ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.)

Peña de Marqués de Iraola, Jacoba María c/ Asociación Civil Hospital Alemán s/ recurso de hecho

SENTENCIA del 9 DE ABRIL DE 2002

Sumario nro. N0011719

SUMARIO

CONTRATOS BANCARIOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-IN DUBIO PRO CONSUMIDOR-DERECHO A LA INFORMACIÓN

El cliente bancario en tanto consumidor final de los servicios prestados por el banco, tiene derecho a una información eficiente por el banco, sobre los elementos esenciales de la relación contractual y sus variaciones, por lo que siendo el estipulante quien redacta el contrato, tiene el deber de hacerlo de una

manera clara, precisa y comprensible; por ende quien pudo y debió hablar claro, carga con las consecuencias de su obrar, de su oscuridad o ambigüedad, sea por torpeza, ligereza o deliberado propósito, y en consecuencia en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor (Ley 24.240 art. 3-último parr.).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.3

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(MIGUEZ - PEIRANO)
PODESTA, PEDRO MIGUEL c/ BANCO DEL BUEN AYRE SA s/ ORDINARIO
SENTENCIA del 30 DE AGOSTO DE 2000

Sumario nro. N0011700

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-CONTRATOS BANCARIOS-IN DUBIO PRO CONSUMIDOR

El cliente bancario en tanto sea consumidor final de servicios de esa naturaleza debe garantizársele una información eficiente sobre los elementos esenciales de la relación contractual y sus variaciones, con el doble fin de promover y salvaguardar el desarrollo regular de la competencia y proteger a las partes contratantes débiles, tutela que corresponde acentuar cuando se trata de personas físicas que actúan con fines extraños a su actividad empresarial o profesional. El estipulante es quien redacta el contrato, por lo cual tiene el deber de hacerlo de manera clara, precisa, comprensible, por consiguiente quien pudo y debió hablar claro, carga con las consecuencias de su obrar, de su oscuridad o ambigüedad, sea por torpeza, ligereza o deliberado propósito, es decir que “en caso de duda, se estará siempre a la interpretación mas favorable para el consumidor” (Ley 24.240 art.3-último parr.). Voto de la Dra. Miguez

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.3

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(VIALE - MIGUEZ (EN DISIDENCIA) - PEIRANO.)
COSENTINO, OSVALDO ALBERTO Y OTRO c/ HSBC BANCO ROBERTS SA s/ RECTIFICACION DE SALDO DE LA CUENTA CORRIENTE. (ED 12.5.03, Fº 52017). -
SENTENCIA, 22938 del 3 DE DICIEMBRE DE 2002

Sumario nro. N0011717

SUMARIO

SEGUROS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CLÁUSULAS PREDISPUESAS- IN DUBIO PRO CONSUMIDOR-OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR

Cuando la redacción de una cláusula predispuesta por el asegurador, dada su ambigüedad, ofrece dudas en punto a la extensión de su garantía, la interpretación del contrato debe favorecer al asegurado (Ley 24.240 art.37), trasladándose al asegurador (predisponente) las consecuencias que derivan no sólo de su imprecisión o vaguedad empleados en el lenguaje y en los conceptos, sino porque asumió los riesgos de la redacción de la póliza en su condición de profesional y bajo la presunción irrefragable de contar con experiencia y aptitud técnica. Ello presupone que es la compañía

de seguros, quien se encuentra en mejores condiciones para fijar con la mayor precisión y de manera indubitada la extensión de sus obligaciones (Stiglitz, Ruben, "Derecho de Seguros", t. I, nº 117). Por tanto, cuando exista duda acerca de la extensión del riesgo, debe estarse por la obligación del asegurador, pues se trata de quien redacta las condiciones del contrato y está en mejores condiciones que el asegurado para fijar precisa, clara e indubitadamente la extensión de la obligación asumida, sin que pueda permitírsele crear en el espíritu del tomador la falsa creencia de una garantía inexistente.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.37

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(MIGUEZ - VIALE - PEIRANO)
NEXOIL SA c/ LA BUENOS AIRES COMPAÑIA DE SEGUROS SA s/ ORDINARIO. -
SENTENCIA del 9 DE NOVIEMBRE DE 2000

Sumario nro. N0010246

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONTRATOS BANCARIOS-CLIENTELA-IN DUBIO PRO
CONSUMIDOR-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

Voto de la Dra. Miguez:

El cliente bancario en tanto sea consumidor final de servicios de esa naturaleza debe garantizársele una información eficiente sobre los elementos esenciales de la relación contractual y sus variaciones, con el doble fin de promover y salvaguardar el desarrollo regular de la competencia y proteger a las partes contratantes débiles, tutela que corresponde acentuar cuando se trata de personas físicas que actúan con fines extraños a su actividad empresarial o profesional. El estipulante es quien redacta el contrato, por lo cual tiene el deber de hacerlo de manera clara, precisa, comprensible, por consiguiente quien pudo y debió hablar claro, carga con las consecuencias de su obrar, de su oscuridad o ambigüedad, sea por torpeza, ligereza o deliberado propósito, es decir que "en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor" (Ley 24.240 art. 3-ultimo Párr.).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 3

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
Sala A (VIALE - MIGUEZ (EN DISIDENCIA) - PEIRANO.)
COSENTINO, OSVALDO ALBERTO Y OTRO c/ HSBC BANCO ROBERTS SA s/ RECTIFICACION DE
SALDO DE LA CUENTA CORRIENTE. (ED 12.5.03, Fº 52017).
SENTENCIA del 3 DE DICIEMBRE DE 2002

Sumario nro. N0012125

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR:INTERPRETACIÓN-INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO-IN
DUBIO PRO CONSUMIDOR

Cuando la ley 24.240 sienta el principio de que, ante duda, se estará a la interpretación mas favorable al consumidor, no esta avalando una interpretación parcial o tendenciosa. En otras palabras, el juez no

debe prescindir del esfuerzo interpretativo habitual; si efectuado este, conforme a las reglas de la teoría general, la oscuridad persiste; solo entonces habrá de encontrar aplicación la mentada regla.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(MIGUEZ - VIALE - PEIRANO.)

DERDERIAN, CARLOS c/ VIDEO CABLE COMUNICACION SA Y OTRO s/ ORDINARIO. (ED 7.7.04, F. 52790; LL 28.4.04, F. 107322).

SENTENCIA del 31 DE MARZO DE 2004

Sumario nro. F0025378

SUMARIO

ACCION DE AMPARO-TELECOMUNICACIONES-TELEFONIA CELULAR-FACTURACION DE SERVICIOS PUBLICOS-FACTURACION EXCESIVA-CONSTITUCIÓN PROVINCIAL-CONSTITUCIÓN NACIONAL-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-CLÁUSULAS ABUSIVAS-IN DUBIO PRO CONSUMIDOR-INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO-PROCESO ORDINARIO

Los supuestos denunciados en la demanda, el cobro de la llamada a partir de presionar la tecla SEND puede importar una práctica comercial abusiva dada la ausencia de comunicación efectiva entre quien llama y quien debería ser el receptor de tal llamado.

La facturación basada en el uso realizado de la línea, cargada a quién en definitiva es la parte más débil de la relación de consumo, no tiene apariencia de justa - o "razonable" en la expresión del art. 35 del reglamento (Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles, aprobado por Resolución de la Sec. de Comunicaciones Nro. 490/97 (modificado por Res. Nro. 1714/97)) - de ninguna manera y amerita su revisión judicial aunque en un ámbito de mayor debate y prueba, máxime cuando en caso de duda las normas en esta materia deben ser interpretadas a favor del consumidor y usuario, tal como se señalara previamente.

En este sentido, la cláusula 12.1 del Pliego (ratificado por Dec. Nro. 1461/93), la que indica: "Los precios correspondientes a los servicios de telefonía móvil serán libres y de exclusiva responsabilidad del licenciatario" es de fecha anterior a la reforma de la Constitución Nacional de 1994; de la ley 24.240 las resoluciones derivadas de ellas; de todas maneras ya regía el art. 30 de la Const. Prov. y las Leyes Nro. 2817 y Nro. 2779 de Río Negro y por otra parte nunca puede entenderse como ilimitadas y sin control jurisdiccional.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. Art.30, LEY 2779, LEY 2817

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNDAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Identificación SAIJ: 70013518

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - IN DUBIO PRO CONSUMIDOR-APLICACION DE LA LEY - SERVICIOS PUBLICOS

Por aplicación del art. 42 de la Constitución Nacional y del principio *in dubio* pro consumidor que consagra la propia ley de defensa del consumidor en su art. 31, la norma general prevalece sobre la especial cuando es ella y no la legislación particular la que contempla con mayor benevolencia la situación de los usuarios.

El criterio de que la legislación específica de los servicios públicos debe armonizarse con la ley 24.240 surge de su propio contenido al establecer en su art. 31 que: “las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas ...”, y concluye que “en caso de duda, se está siempre a la interpretación más favorable para el consumidor”.

Si es en este marco y dirección que deben considerarse estos conflictos y, precisamente, con esa orientación la Cámara resolvió, no se advierte la errónea interpretación de la ley atribuida por el recurrente al fallo de grado, debiéndose rechazar el recurso de casación interpuesto por este agravio.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240 Art.31

DATOS DEL FALLO

CORTE DE JUSTICIA, SAN FERNANDO DEL VALLE DE CATAMARCA, CATAMARCA

(César Ernesto Oviedo José Ricardo Cáceres Amelia Sesto de Leiva)

FEDERACION ECONOMICA DE CATAMARCA c/ EDECAT s/ ACCION DE AMPARO JUDICIAL DE INTERESES DIFUSOS O DERECHOS DIFUSOS S/ RECURSO DE CASACION

CASACION, 407 del 19 DE MARZO DE 2007

III | Oferta al consumidor

Identificación SAIJ: K0026035

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-OFERTA AL CONSUMIDOR - OFERTA LIMITADA-OBLIGACIONES DEL OFERENTE - INFRACCIONES FORMALES

Debe confirmarse la multa impuesta por infracción al artículo 7º de la ley 24.240, al realizarse una publicidad de oferta —efectuada en página impar y entera de un diario de circulación masiva— sin informar la cantidad de productos con lo que contaba para cubrirla.

Además, siendo que se trata de una infracción formal que no requiere la existencia de perjuicio concreto alguno en terceros, basta para su configuración el mero incumplimiento de lo establecido en la norma mencionada. (Sumario confeccionado por el SAIJ)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.7

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala 04 (ALEJANDRO JUAN USLENGH - GUILLERMO PABLO GALLI)

Sumario nro. K0023244

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-OFFERTA AL CONSUMIDOR-OBLIGACIONES DEL OFERENTE

Con la obligación impuesta a los proveedores de bienes y servicios en el art. 36 de la ley 24.240 lo que se pretende es preservar a los consumidores en general, a fin de evitar equívocos en la naturaleza y alcance de los servicios que se ofrecen al público, que puedan generar en los posibles interesados comportamientos erróneos con relación a sus intereses respecto al verdadero servicio que se ofrece (esta Sala "Club 52 Marketing & Sales S.A. c/SCI", 24/4(97).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.36

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)
Ocean Villagew Resort S.A c/ Secretaría de Comercio e Inversiones Disp. DNCI. 1020/99
SENTENCIA, 43.837 del 27 DE FEBRERO DE 2001

Sumario nro. K0023227

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-OFFERTA AL CONSUMIDOR-OFFERTA LIMITADA:REQUISITOS

Si se condiciona la vigencia de la oferta "hasta agotar stock", la oferta debe consignar la cantidad de unidades que integraban ese stock, agotando el cual finaliza automáticamente la oferta.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (Buján, Coviello.)
Serra Lima S.A c/ SIC y M. (Disp. DNCI 497/00) (Expte: 64-303/98)
SENTENCIA, 26.519 del 19 DE ABRIL DE 2001

Sumario nro. K0023604

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - OFFERTA: CONCEPTO - OFFERTA AL CONSUMIDOR - EMPRESA CONSTRUCTORA

La palabra "oferta" significa entre otras cosas "Promesa que se hace de dar, cumplir o ejecutar una cosa", y "Propuesta para contratar" y por "Público" ha de entenderse "a la vista de todos" (confr. Diccionario lengua española-Real Academia Española-vigésima primera edición) por lo que al ser la actora una empresa constructora de departamentos, la venta de las unidades es claramente una oferta a personas indeterminadas, sin perjuicio de la utilización de medios masivos de comunicación.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Garzón de Conte Grand, Herrera.)
"Cavi S.A. c/ SIC y T. GCBA Resol. 481/01".
SENTENCIA, 113501/02 del 28 DE AGOSTO DE 2003

Sumario nro. K0023245

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-OFFERTA AL CONSUMIDOR -OBLIGACIONES DEL OFERENTE

La ley 24.240 dispone, bajo pena de nulidad, que en las operaciones a crédito se deben consignar expresa y claramente determinadas condiciones que se enumeran, con la finalidad de que tanto el consumidor como el proveedor dispongan de reglas claras para obrar en consecuencia.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)
Ocean Villagew Resort S.A c/ Secretaría de Comercio e Inversiones Disp. DNCl. 1020/99
SENTENCIA, 43.837 del 27 DE FEBRERO DE 2001

Sumario nro. K0023228

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-OFFERTA-OFFERTA AL CONSUMIDOR-PUBLICIDAD

La obligación incumplida en los términos del art. 7 de la ley 24.240, está dirigida a la protección de los potenciales adquirentes, consumándose la infracción por el sólo peligro emergente de la omisión incurrida, con independencia de la existencia de daño concreto respecto a una persona en particular, por lo que resulta irrelevante la ausencia de quejas por parte de quienes adquirieron los bienes.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.7

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (Buján, Coviello.)
Serra Lima S.A c/ SIC y M. (Disp. DNCl 497/00) (Expte: 64-303/98)
SENTENCIA, 26.519 del 19 DE ABRIL DE 2001

Sumario nro. K0023225

SUMARIO

CONTRATO DE TIEMPO COMPARTIDO-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-OFFERTA INDETERMINADA -DIRECCION NACIONAL DE COMERCIO INTERIOR-SANCIONES ADMINISTRATIVAS -APERCIBIMIENTO (ADMINISTRATIVO)

Debe confirmarse la sanción de apercibimiento que la Dirección Nacional de Comercio Interior impuso a la propietaria de un complejo de tiempo compartido, por haber infringido los arts. 7 y 19 de la ley 24.240 por incumplimiento en los términos de la oferta emitida tal cual quedará plasmada en el contrato por no respetar el derecho de uso adquirido correspondiente a la semana de la reclamante y por haber alquilado sin la expresa autorización de su titular la unidad.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.7, Ley 24.240 Art.19

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala 05 (Grecco, Gallegos Fedriani, Otero.)

Time Sharing Resorts S.A c/ Sic. Y M. (Disp. DNCl. 550/00)

SENTENCIA, 34.217 del 16 DE JULIO DE 2001

Sumario nro. N0010801

SUMARIO

CONCURSOS-LIQUIDACION Y DISTRIBUCION-ENAJENACION DE LA EMPRESA-MEJORA DE LA OFERTA:PROCEDENCIA-OBLIGACIONES DEL OFERENTE

Del dictamen fiscal 90459: Procede rechazar la objeción formulada por un oferente para la adquisición de ciertos bienes de la fallida, en cuanto a que se otorgó la posibilidad de mejorar las ofertas en la audiencia de apertura de sobres, cuando —como en el caso—, surge que se había dispuesto que podrían intervenir en la puja para el mejoramiento de la oferta los oferentes ya presentados en el expediente, toda vez que la mentada puja no puede ser otra que la generada en la citada audiencia. Ello así, pues de otro modo cabría inferir que el procedimiento de llamado a mejorar ofertas sólo tendría por destinatarios exclusivos a quienes se habían presentado en la causa, con antelación a dicha convocatoria. Tal interpretación no condice con la finalidad de este procedimiento, que consiste en lograr la máxima afluencia de interesados para obtener el mejor precio, en beneficio de la masa de acreedores que integran el pasivo falencial.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala D (ROTMAN - CUARTERO.)

PORVENIR SA s/ QUIEBRA S/ INC. DE SUBASTA (DEL INMUEBLE SITO EN CALLE 54 SAN MARTIN).

SENTENCIA del 9 DE AGOSTO DE 2002

Sumario nro. T0005781

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-AVISO PUBLICITARIO-CRÉDITO BANCARIO-PAGO EN CUOTAS-OFFERTA AL CONSUMIDOR-APLICACIÓN DE LA LEY PENAL:ALCANCES-EMPRESAS DEL ESTADO-BANCOS-IGUALDAD ANTE LA LEY

1 - Corresponde confirmar la resolución por la que se sancionó a la sumariada por infracción al Art. 8, en concordancia con el Art. 4, de la Res. 7/2002, reglamentaria de la Ley 22.802, en virtud de haber

publicado un aviso en un periódico ofreciendo la posibilidad de adquirir diversos productos en cuotas, omitiendo indicar el precio de contado, precio total financiado, anticipo, el origen de los productos y la razón social del oferente, dado que el fin que persigue la reglamentación es lograr que los consumidores estén en posición de obtener, en forma rápida y simple, la información relativa a los distintos extremos que presenta la operación de adquisición de un bien por medio de financiación, sin que para ello se vean en la necesidad de efectuar cálculos aritméticos (Sala A, Reg. 371/2004), no excusando a la sumariada la circunstancia de que el precio de contado se obtuviera mediante la simple multiplicación, en virtud de tratarse de cuotas sin interés, quedando también alcanzada la frase “arancel de suscripción y adjudicación: tres (3) por ciento del monto del crédito”, atento la necesidad de realizar una operación matemática para conocer el quantum, más allá de que se considere a esta expresión como equivalente o no a la de un anticipo (Del voto del Dr. Bonzón, al que adhiere el Dr. Repetto).

2 - Asiste razón a la firma sumariada en los agravios relativos a la omisión de consignar su domicilio comercial en el aviso publicitario que le fuera imputada (conf. Art. 8, en concordancia con el Art. 4, de la Res. 7/2002, reglamentaria de la Ley 22.802), ya que atento a la vasta cadena de sucursales que posee la firma, el consumidor puede identificar claramente quien es el oferente, así como también los lugares en que realiza sus operaciones (en el caso, se trata del Banco de la Provincia de Buenos Aires) (Del voto del Dr. Bonzón, al que adhiere el Dr. Repetto).

3 - La Ley de Lealtad Comercial prevé expresamente la aplicación de sus normas a las entidades estatales (en el caso, un banco de provincia) que desarrollen actividades comerciales, sin que gocen de ningún tipo de inmunidad en materia de responsabilidad por las infracciones que se verifiquen en el marco de la misma (Art. 28, ley 22.802), respondiendo la ley a un criterio lógico, ya que dichas entidades actúan en el ámbito del derecho privado y elementales razones de equidad aconsejan a no excluirlos del régimen penal administrativo, puesto que lo contrario implicaría crear privilegios injustificados que no se compadecen con el principio de igualdad ante la ley (Sala A, Reg. 7/2000), y no empece a ello la existencia de prerrogativas constitucionales de origen histórico en cabeza de la provincia en trato (en el caso, Pcia. de Buenos Aires) (Del voto del Dr. Bonzón, al que adhiere el Dr. Repetto).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art.28, Ley 22.802

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala A (BONZON-REPETTO.)

BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. s/ Lealtad comercial.

SENTENCIA, 47/2006 del 7 DE FEBRERO DE 2006

.....

Sumario nro. F0025405

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACIÓN-PUBLICIDAD-OFERTA-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La ley de defensa al consumidor, establece... principios que resultan centrales en autos, uno es el deber de información, receptado en el artículo 4to.; dice al respecto Lorenzetti: “La información es el tema, el gran asunto de los tiempos modernos que el Derecho recoge y regula”. La información no es publicidad, persiguen objetos distintos, la información es un bien que tiene un valor jurídico y consecuentemente protección jurídica.

Ingresando en el campo relativo a la publicidad comercial, el artículo 8 de la Ley de Defensa al consumidor señala que las precisiones formuladas en los anuncios obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor. Su incumplimiento acarrea responsabilidad contractual. En

este punto remarca Aída Kemelmajer de Carlucci, “hay que ser conciente de algo muy significativo: el reconocimiento de la integración publicitaria del contrato significa equiparar la publicidad a la oferta”. En el caso de autos estos conceptos toman relevancia para dejar establecido que en una relación de consumo, el Pliego (oferta) y el contrato que vincula a las partes no son los únicos preceptos que forman el contenido negocial.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.8

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

.....
Identificación SAJ: K0025441

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-OFFERTA AL CONSUMIDOR-OBLIGACIONES DEL OFERENTE

La obligación incumplida en los términos del art. 7 de la ley 24.240, está dirigida a la protección de los potenciales adquirentes, consumándose la infracción por el sólo peligro emergente de la omisión incurrida, con independencia de la existencia de daño concreto respecto a una persona en particular, por lo que resulta irrelevante la ausencia de quejas por parte de quienes adquirieron los bienes (Sala I “Serra Lima S.A. c/ SIC y M (Disp. DNCi 497/00) 19/4/2001) (Cons. IV).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.7

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 03 (Argento, Grecco, Fernández.)

“Frávega S.A. c/ DNCI- Disp. 885/05 (Expte S01:48315/05)”.
.....

SENTENCIA del 29 DE JUNIO DE 2007

.....
Identificación SAJ: K0025440

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-OFFERTA AL CONSUMIDOR-OFFERTA LIMITADA

Si de la publicidad surge que se condicionaba la vigencia de la oferta de productos allí promocionados al cumplimiento de un plazo o “hasta agotar stock”, la sola mención de la frase “hasta agotar stock” sin precisar la cantidad de productos disponibles a los fines de poder hacer frente a la eventual demanda de la oferta publicitada configura el incumplimiento del art. 7 de la ley 24.240 (Cons.IV).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.7

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 03 (Argento, Grecco, Fernández.)
"Frávega S.A. c/ DNCI- Disp. 885/05 (Expte S01:48315/05)".
SENTENCIA del 29 DE JUNIO DE 2007

IV | Audiencia pública

Sumario nro. A0079951

TEMA

SENTENCIA ARBITRARIA-NULIDAD DEL DECRETO-AUMENTO DE TARIFAS-SERVICIO DE AGUA POTABLE-AUDIENCIA PUBLICA-INFORMACION AL USUARIO

TEXTO

Resulta arbitraria la sentencia que declaró la nulidad del decreto 245/2012 de la Provincia de Buenos Aires que ordenó un aumento en la tarifa del servicio público de provisión de agua potable a cargo de Aguas Bonaerenses S.A. con fundamento en que se había sido dictado sin que se hubiese garantizado un mecanismo de información y participación de los usuarios, en tanto integró el marco regulatorio vigente al momento del dictado del cuadro tarifario cuestionado con una norma que se encontraba derogada (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco). La Corte, por mayoría, desestimó el recurso extraordinario por considerarlo inadmisibles (art. 280 CPCCN) -

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.280

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL (Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti) Recursos de hecho deducidos por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires (CSJ 2977/2015/RH1) y por Aguas Bonaerenses S.A. (CSJ 2983/2015/RH1) en la causa Negrelli, Oscar Rodolfo c/ Poder Ejecutivo Provincial y otros s/ amparo
SENTENCIA del 13 DE AGOSTO DE 2020

Sumario nro. A0079952

TEMA

PROTECCION DEL CONSUMIDOR-AUDIENCIA PUBLICA-AUMENTO DE TARIFAS-SERVICIO PUBLICO-CONSTITUCION PROVINCIAL

TEXTO

El artículo 42 de la Constitución Nacional no impone necesariamente el procedimiento de audiencias públicas sino que ha dejado en manos del legislador la determinación de cuál es el mecanismo que mejor asegure dicha participación; esta consideración resulta especialmente aplicable al ámbito de la Provincia de Buenos Aires teniendo en cuenta que la redacción del artículo 38 de la Constitución local es similar al de la Norma Nacional. (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco). - La Corte, por mayoría, desestimó el recurso extraordinario por considerarlo inadmisibles (art. 280 CPCCN) -

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.42, Ley 17.454 Art.280, Constitución de la Provincia de Buenos Aires Art.38

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL (Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti) Recursos de hecho deducidos por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires (CSJ 2977/2015/RH1) y por Aguas

Bonaerenses S.A. (CSJ 2983/2015/RH1) en la causa Negrelli, Oscar Rodolfo c/ Poder Ejecutivo Provincial y otros s/ amparo
SENTENCIA del 13 DE AGOSTO DE 2020

Sumario nro. A0079953

TEMA

SENTENCIA ARBITRARIA-NULIDAD DEL DECRETO-AUMENTO DE TARIFAS-SERVICIO DE AGUA POTABLE-AUDIENCIA PUBLICA-DERECHOS DEL USUARIO-INFORMACION AL USUARIO

TEXTO

Es arbitraria la sentencia que declaró la nulidad del decreto 245/2012 de la Provincia de Buenos Aires que ordenó un aumento en la tarifa del servicio público de provisión de agua potable a cargo de Aguas Bonaerenses S.A. con fundamento en que se había sido dictado sin que se hubiese garantizado un mecanismo de información y participación de los usuarios, en tanto se limitó a afirmar dogmáticamente que las medidas llevadas a cabo con motivo del aumento tarifario - intervención previa de OCABA y audiencia informativa convocada por el Defensor del Pueblo y publicación en diarios - no bastaban para tener por cumplido el derecho constitucional de los usuarios a contar con información veraz y adecuada (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco). - La Corte, por mayoría, desestimó el recurso extraordinario por considerarlo inadmisibles (art. 280 CPCCN) -

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.280, Decreto 245/2012 de Buenos Aires

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL (Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)
Recursos de hecho deducidos por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires (CSJ 2977/2015/RH1) y por Aguas Bonaerenses S.A. (CSJ 2983/2015/RH1) en la causa Negrelli, Oscar Rodolfo c/ Poder Ejecutivo Provincial y otros s/ amparo
SENTENCIA del 13 DE AGOSTO DE 2020

Sumario nro. A0079839

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-AUMENTO DE TARIFAS-GAS NATURAL-PARTICIPACION CIUDADANA-AUDIENCIA PUBLICA-INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION

TEXTO

Las audiencias públicas con las que se estructuró el derecho de participación reconocido a los usuarios en el caso del servicio de gas constituyen una de las varias maneras de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas pero no son la única alternativa constitucional, en tanto el art. 42 no las prevé ni explícita ni implícitamente, sino que deja en manos del legislador la previsión del mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso. -Del precedente "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad" (Fallos: 339:1077) al que la Corte remite-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.42

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL (Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))
Usuarios y Consumidores Unidos c/ Secretaría de Energía de la Nación y otros s/ ley de Defensa del Consumidor
SENTENCIA del 23 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. A0079833

TEMA

AMPARO COLECTIVO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-AUMENTO DE TARIFAS-GAS NATURAL-ACCESO A LA JUSTICIA

TEXTO

La importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia cobra especial importancia en el reclamo relacionado a las tarifas de gas y a los usuarios residenciales ya que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada de dichos usuarios podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva, y una interpretación que restringiera a este grupo la posibilidad de demandar de manera colectiva equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo. -Del precedente "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad" (Fallos: 339:1077) al que la Corte remite-

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))
Usuarios y Consumidores Unidos c/ Secretaría de Energía de la Nación y otros s/ ley de Defensa del Consumidor
SENTENCIA del 23 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. A0079838**TEMA**

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-AUMENTO DE TARIFAS-SERVICIO PUBLICO-PARTICIPACION CIUDADANA-AUDIENCIA PUBLICA

TEXTO

En materia tarifaria la participación de los usuarios de un servicio público no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida, ya que es imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio. -Del precedente "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad" (Fallos: 339:1077) al que la Corte remite-

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))
Usuarios y Consumidores Unidos c/ Secretaría de Energía de la Nación y otros s/ ley de Defensa del Consumidor
SENTENCIA del 23 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. A0079840**TEMA**

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-AUMENTO DE TARIFAS-GAS NATURAL-PARTICIPACION CIUDADANA-AUDIENCIA PUBLICA-DERECHO A LA INFORMACION-SISTEMA REPUBLICANO-RAZONABILIDAD

TEXTO

La participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información "adecuada y veraz" (art. 42 CN) y un elemento de legitimidad para el poder administrador, responsable en el caso de garantizar el derecho a la información pública, estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno (art. 1º CN), al mismo tiempo que otorga una garantía de razonabilidad para el usuario y disminuye las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan. -Del precedente "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad" (Fallos: 339:1077) al que la Corte remite-

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.1,
Constitución de la Nación Argentina Art.42*

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))
Usuarios y Consumidores Unidos c/ Secretaría de Energía de la Nación y otros s/ ley de Defensa del Consumidor
SENTENCIA del 23 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. A0079841**TEMA**

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-AUDIENCIA PUBLICA

TEXTO

El debate público mejora la legitimidad de las decisiones al requerir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente permitirá en cambio lo que todos deseamos, es decir, vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más realista de justicia. -Del precedente "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad" (Fallos: 339:1077) al que la Corte remite-.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))
Usuarios y Consumidores Unidos c/ Secretaría de Energía de la Nación y otros s/ ley de Defensa del Consumidor
SENTENCIA del 23 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. A0079832**TEMA**

AMPARO COLECTIVO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-AUMENTO DE TARIFAS-GAS NATURAL-AUDIENCIA PUBLICA-PARTICIPACION CIUDADANA

TEXTO

Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar al amparo colectivo iniciado por una unión de usuarios y consumidores y dejó sin efecto de forma retroactiva el esquema tarifario de gas ordenando la restitución de los importes indebidamente percibidos por la distribuidora, toda vez que el incremento del precio del gas natural dispuesto en la resolución 226/2014 de la Secretaría de Energía de la Nación no fue precedido de debate alguno que garantice el derecho constitucional de participación ciudadana reconocido en el art. 42 de la Constitución Nacional; resultando insuficiente para tener por cumplido el recaudo constitucional citado la audiencia pública llevada a cabo el 30 de agosto de 2005, en la ciudad de San Nicolás, con relación a los aumentos contemplados en la resolución 2850/2014 del Ente Nacional Regulador del Gas.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.42

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))
Usuarios y Consumidores Unidos c/ Secretaría de Energía de la Nación y otros s/ ley de Defensa del Consumidor
SENTENCIA del 23 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. A0079834**TEMA**

TEXTO

La cláusula del art. 42 de la Constitución Nacional -incorporada por la Convención Reformadora de 1994- reconoce en esta materia la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un contenido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas y cuya ponderación ha sido dejada en manos del legislador, al que corresponde prever el mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso. -Del precedente "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad" (Fallos: 339:1077) al que la Corte remite-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.42

FALLOS

RTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))

Usuarios y Consumidores Unidos c/ Secretaría de Energía de la Nación y otros s/ ley de Defensa del Consumidor

SENTENCIA del 23 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. C1000987

SUMARIO

DESIGNACIÓN DE JUECES-AUDIENCIA PUBLICA

La audiencia pública a la que alude el artículo 120 de la CCBA, y que ha sido reglada por la ley 6, constituye una instancia de evaluación y de participación democrática relevante, que no puede ser soslayada, pues es claro que no pueden aplicarse en el caso criterios interpretativos que limiten el debate en un tema tan sensible para la comunidad como es el relativo a la designación de un magistrado judicial.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.120, LEY 6

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde Julio B. Maier Carlos F. Balbín)

Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

SENTENCIA, 2671 del 20 DE OCTUBRE DE 2004

Sumario nro. C1000992

SUMARIO

DESIGNACIÓN DE JUECES-AUDIENCIA PUBLICA

La reglamentación objeto de tacha —otorgar al procedimiento de audiencia pública efecto interruptivo del cómputo del plazo de sesenta días establecido por el art. 118, CCBA— ha desnaturalizado la intención del constituyente en su aspiración de proveer a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con un procedimiento de designación de sus jueces y juezas ágil y transparente.

Esta conclusión es consecuencia de una interpretación gramatical, teleológica y sistémica de las disposiciones contenidas en los arts. 118 y 120 de la CCBA, que constituyen la atalaya desde la que

debe llevarse a cabo el test de constitucionalidad de la norma reglamentaria objetada por el accionante.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.118, CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.120

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde Julio B. Maier Carlos F. Balbín)

Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

SENTENCIA, 2671 del 20 DE OCTUBRE DE 2004

Sumario nro. C1000998

SUMARIO

DESIGNACIÓN DE JUECES-AUDIENCIA PUBLICA

No parece razonable suponer que el Constituyente haya omitido algo tan importante como advertir que el cómputo del plazo para que la Legislatura se expida sobre los pliegos de los candidatos a jueces se inicia con posterioridad a la audiencia prevista por el artículo 120 de la CCABA.

Más aun, si se lee con atención el debate de la Convención Constituyente en oportunidad de aprobar el texto de los artículos 118 y 120 de la CCABA se advertirá que nada se dijo allí que permita —por vía de una interpretación histórica de la voluntad del Constituyente— sostener la postura contraria, es decir, que el plazo comienza a contarse a partir de la celebración de la audiencia pública.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.118, CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.120

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde Julio B. Maier Carlos F. Balbín)

Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

SENTENCIA, 2671 del 20 DE OCTUBRE DE 2004

Sumario nro. C2001163

SUMARIO

ACCION DE AMPARO-ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL-DESIGNACIÓN DE MAGISTRADOS-AUDIENCIA PÚBLICA: OBJETO-IDONEIDAD PARA LA FUNCIÓN-DERECHO DE DEFENSA-DEBIDO PROCESO ADJETIVO-RAZONES DE OPORTUNIDAD, MERITO O CONVENIENCIA

La realización de la audiencia pública confiere publicidad al procedimiento de selección de los magistrados, al otorgarse a los ciudadanos la posibilidad de controlar las postulaciones a través de su participación, esto es, presentar las impugnaciones que consideren pertinentes y hacerse oír en forma previa a la designación.

Sin embargo, cuando el rechazo del pliego se sustente en la falta de idoneidad del candidato propuesto, la sustanciación del procedimiento de audiencia pública no constituye un rigorismo formal o adjetivo, sino que configura el medio a través del cual se tutela la garantía de defensa del postulante, al ofrecérsele la oportunidad de conocer las impugnaciones que se le imputan, tomar conocimiento de las pruebas en que se sustentan, producir su descargo y ofrecer y producir prueba.

En tal circunstancia, el ejercicio de la competencia para rechazar un pliego se encuentra condicionado a que se hubiese respetado el procedimiento que a tal efecto ha previsto la Ley de Audiencias Públicas, toda vez que al cuestionarse la idoneidad del candidato propuesto para desempeñar funciones públicas, resulta un presupuesto insoslayable el debido reconocimiento de la garantía a un debido proceso adjetivo. Por ello, corresponde al juzgador merituar con mayor rigor el cumplimiento del procedimiento reglado a tal efecto, toda vez que está en juego, en tal supuesto, la efectiva vigencia de la garantía de defensa.

En cambio, puede ocurrir que la decisión de no prestar acuerdo al candidato no se sustente en su falta de idoneidad, sino en valoraciones de naturaleza institucional que el órgano legislativo, por su composición plural y naturaleza representativa, se encuentra en condiciones de merituar. Aún luego de comprobada la aptitud del postulante, el legislador puede considerar conveniente no prestar acuerdo al candidato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS., CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Inés Mónica Weinberg de Roca Carlos Francisco Balbín)

Spisso, Rodolfo S. c/ G.C.B.A. s/ Amparo

SENTENCIA, 1 del 8 DE MAYO DE 2001

Sumario nro. C2001164

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL-DESIGNACIÓN DE MAGISTRADOS-AUDIENCIA PÚBLICA: OBJETO-IDONEIDAD PARA LA FUNCIÓN-DERECHO DE DEFENSA-DEBIDO PROCESO ADJETIVO: ALCANCES

Como derivación del principio constitucional de defensa en juicio, se erige la garantía del debido proceso adjetivo que, específicamente, garantiza el derecho de los ciudadanos a ser oídos, a ofrecer y producir pruebas, a controlar las producidas por la contraparte y a obtener una decisión fundada. Esta garantía no constituye solamente una defensa del interés privado de las personas, sino también, en forma indirecta, un instrumento de tutela del interés público o bien común.

En el caso, la decisión de la Legislatura —consistente en rechazar el pliego del accionante— no se sustentó en razones de oportunidad, mérito o conveniencia sino, por el contrario, en haberlo considerado inidóneo para desempeñar la función de juez para la que había sido propuesto. La Legislatura, debía cumplir con especial rigurosidad el procedimiento preestablecido en resguardo del necesario respeto de la garantía de defensa del postulante y su derecho al debido proceso adjetivo, así como la publicidad que el propio legislador ha previsto en la Constitución y en la Ley Nro. 6. Por el contrario, si bien se ha permitido al amparista realizar sucesivas presentaciones y descargos, la posibilidad de ejercer su derecho de defensa ha sido parcial, pues no se respetó a tal efecto el procedimiento de audiencia pública, no se le dio formal traslado de la denuncia anónima que motivó la impugnación de su candidatura, no se le permitió controlar las pruebas presentadas por el denunciante y, por lo tanto, no se le permitió un leal conocimiento de las actuaciones que sustentaron la posterior decisión de la Legislatura de no prestar acuerdo a su designación.

La observancia del procedimiento constituye un presupuesto insoslayable para la validez del acto de rechazo, toda vez que se trata del instrumento previsto por el propio legislador para garantizar al candidato la debida defensa de sus derechos frente a una imputación de inidoneidad.

La violación de la garantía de defensa es uno de los principales vicios que puede afectar cualquier procedimiento reglado, de manera que la indefensión que ocasiona al particular afectado debe sancionarse con la invalidez.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de Ciudad de Buenos Aires, LEY 6

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS., CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Inés Mónica Weinberg de Roca Carlos Francisco Balbín)

Spisso, Rodolfo S. c/ G.C.B.A. s/ Amparo

SENTENCIA, 1 del 8 DE MAYO DE 2001

Sumario nro. C2001165

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-ORGANIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL-DESIGNACIÓN DE MAGISTRADOS-AUDIENCIA PÚBLICA:OBJETO-IDONEIDAD PARA LA FUNCIÓN-DERECHO DE DEFENSA-DEBIDO PROCESO ADJETIVO-RAZONES DE OPORTUNIDAD, MERITO O CONVENIENCIA

La realización de la audiencia pública confiere publicidad al procedimiento de selección de los magistrados, al otorgarse a los ciudadanos la posibilidad de controlar las postulaciones a través de su participación, esto es, presentar las impugnaciones que consideren pertinentes y hacerse oír en forma previa a la designación.

Sin embargo, cuando el rechazo del pliego se sustente en la falta de idoneidad del candidato propuesto, la sustanciación del procedimiento de audiencia pública no constituye un rigorismo formal o adjetivo, sino que configura el medio a través del cual se tutela la garantía de defensa del postulante, al ofrecérsele la oportunidad de conocer las impugnaciones que se le imputan, tomar conocimiento de las pruebas en que se sustentan, producir su descargo y ofrecer y producir prueba.

En tal circunstancia, el ejercicio de la competencia para rechazar un pliego se encuentra condicionado a que se hubiese respetado el procedimiento que a tal efecto ha previsto la Ley de Audiencias Públicas, toda vez que al cuestionarse la idoneidad del candidato propuesto para desempeñar funciones públicas, resulta un presupuesto insoslayable el debido reconocimiento de la garantía a un debido proceso adjetivo. Por ello, corresponde al juzgador merituar con mayor rigor el cumplimiento del procedimiento reglado a tal efecto, toda vez que está en juego, en tal supuesto, la efectiva vigencia de la garantía de defensa.

En cambio, puede ocurrir que la decisión de no prestar acuerdo al candidato no se sustente en su falta de idoneidad, sino en valoraciones de naturaleza institucional que el órgano legislativo, por su composición plural y naturaleza representativa, se encuentra en condiciones de merituar. Aún luego de comprobada la aptitud del postulante, el legislador puede considerar conveniente no prestar acuerdo al candidato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 6

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS., CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Inés Mónica Weinberg de Roca Carlos Francisco Balbín)

Sumario nro. C2001974

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-PLANEAMIENTO URBANO-AUDIENCIA PÚBLICA:OBJETO;CARACTER-INTERES PÚBLICO-CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES-CODIGO DE PLANEAMIENTO URBANO:OBJETO

El instituto de la audiencia pública, si bien está destinado a que los interesados legitimados puedan debatir diversos asuntos de interés general frente a los funcionarios competentes, resulta de convocatoria obligatoria por expreso mandato constitucional antes del tratamiento legislativo de normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamiento industriales o comerciales, o ante modificaciones de uso o dominio de bienes públicos.

De este modo cabe concluir que, habida cuenta de su naturaleza de estado netamente urbano, la Ciudad ha previsto en su Constitución múltiples reaseguros de participación en materia de planeamiento territorial, dada la enorme incidencia del tema en la calidad de vida de sus habitantes, y las polémicas adoptadas al respecto en el pasado, divorciadas de la voluntad ciudadana.

El estudio de la tacha de inconstitucionalidad formulada por la actora al articulado del Código de Planeamiento Urbano no podrá efectuarse soslayando la expresa voluntad del constituyente de ampliar y favorecer la participación popular, como un modo de coadyuvar en la consecución del "plan de gobierno" previsto en la Constitución.

En ese marco, deben interpretarse las disposiciones de los artículos 89 y 90 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, y en modo alguno las normas que por ley reglamentan tales instituciones pueden interpretarse con un ánimo restrictivo de la intervención ciudadana.

El procedimiento de "doble lectura" previsto en los artículos 89 y 90 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires requiere en primer término el despacho previo de la comisión respectiva que incluya el informe de los órganos involucrados, que deben ser objeto de "aprobación inicial". Tal texto debe darse a publicación y convocarse a una audiencia pública en el plazo de treinta días para que los interesados presenten reclamos y observaciones. Finalmente, tras la consideración de los aportes efectuados por los interesados se procede a la resolución definitiva de la Legislatura.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.89 al 90

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS., CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 02 (Nélide M. Daniele Esteban Centanaro Eduardo A. Russo)

Comercio de Maderas S.A c/ Gobierno de la Cdad. de Buenos Aires s/ Amparo

SENTENCIA, 240 del 8 DE NOVIEMBRE DE 2001

Sumario nro. C2001975

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN-ARBITRARIEDAD O ILEGALIDAD MANIFIESTAS-PLANEAMIENTO URBANO-AUDIENCIA PÚBLICA-CODIGO DE PLANEAMIENTO URBANO:OBJETO

El Código de Planeamiento Urbano constituye, junto al Plan Urbano Ambiental herramientas fundamentales que el constituyente ha previsto en lo que a planificación urbana respecta. Su elaboración responde a un complejo procedimiento técnico con la garantía de participación comunitaria, y es aprobado por la Legislatura mediante un mecanismo especial. Comprende la asignación del destino de cada metro cuadrado de la Ciudad, teniendo en cuenta sus características y previendo su desarrollo futuro, debiendo mantener siempre un delicado equilibrio entre la tensión

generada por intereses diversos, en aras del bienestar general y de crear las condiciones para un hábitat adecuado.

De acuerdo con lo señalado, la determinación de un agravio constitucional en los términos planteados por la actora (omisión inconstitucional del texto de la Ley Nro. 449), requeriría de un profundo estudio comparativo de elementos probatorios de una gran complejidad técnica que no han sido arrimados por las partes al legajo, por lo que no resultaría factible expedirse por la vía del amparo respecto de la ocurrencia en el caso de autos de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que afecte los derechos y garantías invocados, que son los de igualdad y de propiedad.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 449

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS., CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 02 (Nélida M. Daniele Esteban Centanaro Eduardo A. Russo)

Comercio de Maderas S.A c/ Gobierno de la Cdad. de Buenos Aires s/ Amparo

SENTENCIA, 240 del 8 DE NOVIEMBRE DE 2001

Sumario nro. C1000986

SUMARIO

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD-DESIGNACIÓN DE JUECES-AUDIENCIA PÚBLICA

El inicio del procedimiento de audiencia pública pautado en el capítulo VI de la ley 6 interrumpe el cómputo del plazo inicial de 60 días establecido en el art. 118 de la CCBA, para que la Legislatura se expida sobre las propuestas de designación de los jueces remitidas por el Consejo de la Magistratura; y otro plazo similar volverá a contarse desde la finalización de los trámites inherentes a aquél. De tal modo, en el diseño de la norma se distinguen tres lapsos.

El de los primeros sesenta días, el que insuma el procedimiento de audiencia pública y el de los segundos sesenta días a los que ella alude. Ante ello, cabe concluir que una hipótesis factible es que, con sujeción a este régimen normativo, la designación de un juez insuma ciento veinte días más el plazo que irroga el procedimiento de audiencia pública que, de conformidad a las previsiones de la ley específica, nunca será inferior a los cuarenta días; todos ellos hábiles.

A dichos plazos se suman los correspondientes a los recesos legislativos, concluyéndose que el horizonte temporal previsto por el constituyente se ve absolutamente desvirtuado; sin que se cuente con elementos que doten de razonabilidad a tal circunstancia, pues no se advierte cuál es la necesidad de establecer un plazo tan extenso como todo el fijado por la Constitución para el cumplimiento del primer tramo de labor previsto por la legislatura, orientado a dar inicio al procedimiento de convocatoria de audiencia pública, consistente en la remisión del pliego a la Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.118, LEY 6

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde Julio B. Maier Carlos F. Balbín)

Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

SENTENCIA, 2671 del 20 DE OCTUBRE DE 2004

Sumario nro. C1000988

SUMARIO

DESIGNACIÓN DE JUECES-AUDIENCIA PÚBLICA

Cuando en el artículo 118 de la CCBA se prevé que la legislatura debe pronunciarse por la aprobación o el rechazo del pliego propuesto por el Consejo de la Magistratura dentro de los sesenta días hábiles, excluido el receso legislativo, lo que se considera es que en ese lapso el cuerpo cumpla con el proceso deliberativo-participativo pautado por el sistema de la audiencia pública, pues recién entonces puede encontrarse en condiciones de emitir una decisión adecuadamente fundada y ajustada a los principios y al procedimiento establecidos por la Constitución.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.118

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde Julio B. Maier Carlos F. Balbín)

Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

SENTENCIA, 2671 del 20 DE OCTUBRE DE 2004

Sumario nro. C1000989

SUMARIO

DESIGNACIÓN DE JUECES-AUDIENCIA PÚBLICA

En un sistema constitucional que incrementa la participación pública en el proceso de toma de decisiones no cabe considerar como una interpretación válida del artículo 118 de la CCBA que éste habilite una designación ficta de un magistrado, sin audiencia pública previa; pues ello contrariaría lo expresamente previsto en el art. 120 de la Constitución y el principio de participación ciudadana consagrado en el artículo 1 de la norma suprema local.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.120, CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.1, CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.118

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde Julio B. Maier Carlos F. Balbín)

Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

SENTENCIA, 2671 del 20 DE OCTUBRE DE 2004

Sumario nro. C1000991

SUMARIO

DESIGNACIÓN DE JUECES-AUDIENCIA PÚBLICA-LEGISLATURA DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

La reglamentación propuesta por la Legislatura —otorgar al procedimiento de audiencia pública efecto interruptivo del cómputo del plazo de sesenta días establecido por el art. 118, CCBA— es perfectamente adecuada a los fines constitucionales que informan la garantía institucional establecida por los artículos 118 y 120 de la CCBA.

La interrupción del plazo mencionado por el artículo 118 por la realización de la audiencia pública no posterga indefinidamente el tratamiento de los pliegos, ni pulveriza la consecuencia jurídica de su falta de consideración —la aprobación ficta—, sino que, antes bien, mantiene el fin constitucional del tratamiento dentro de un plazo limitado y permite, a la vez, la consecución de los demás fines que motivan los otros aspectos del proceso regulado constitucionalmente.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.118, CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.120

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde Julio B. Maier Carlos F. Balbín)

Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

SENTENCIA, 2671 del 20 DE OCTUBRE DE 2004

Sumario nro. C1000993

SUMARIO

DESIGNACIÓN DE JUECES-AUDIENCIA PÚBLICA

Sólo una interpretación forzada del texto constitucional permitiría aseverar que el diseño allí trazado admite una reglamentación que atribuya a la celebración de la audiencia pública del art. 120 efecto interruptivo del plazo con que cuentan los legisladores para el tratamiento de los pliegos de los candidatos a juez que remite el Consejo de la Magistratura.

Según la letra nítida de la Constitución, la audiencia pública, como condición necesaria previa a la designación de magistrados, debe celebrarse dentro del plazo de sesenta días hábiles (excluido el receso legislativo). La norma constitucional no detalla a partir de qué fecha comienza a transcurrir dicho plazo. Pero ante ese silencio, es correcto concluir que el plazo se inicia con la recepción de las propuestas efectuadas por el Consejo de la Magistratura y que además, en principio, ningún acto o hecho lo interrumpe. Si el constituyente hubiera optado por otro criterio, forzosamente debería haberlo aclarado de manera expresa.

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde Julio B. Maier Carlos F. Balbín)

Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

SENTENCIA, 2671 del 20 DE OCTUBRE DE 2004

Sumario nro. C1000994

SUMARIO

DESIGNACIÓN DE JUECES-AUDIENCIA PÚBLICA-LEGISLATURA DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

No cabe presumir una imprevisión del constituyente respecto del procedimiento de designación de los jueces. Si en el art. 120 CCBA se instituye como garantía del sistema republicano una audiencia pública previa a su designación y nada se dice respecto a la pretendida alteración (por interrupción) de los plazos del art. 118 CCBA que la celebración de tal acto traería aparejada, no cabe que el intérprete reformule el procedimiento bajo la apariencia de una simple reglamentación que debe escrutarse con particular estrictez a la luz de la claridad de la manda constitucional.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.118, CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.120

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde Julio B. Maier Carlos F. Balbín)

Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

SENTENCIA, 2671 del 20 DE OCTUBRE DE 2004

Sumario nro. C1000997

SUMARIO

DESIGNACIÓN DE JUECES-AUDIENCIA PÚBLICA

El Constituyente fijó una regla temporal clara para que la Legislatura se expida sobre los pliegos de los postulantes a desempeñarse como magistrados, remitidos por el Consejo de la Magistratura: 60 días hábiles, excluyendo el período de receso legislativo. Con ello, el Constituyente ha agotado la regulación de este aspecto del tema, toda vez que fijó inclusive los detalles, de modo tal que el legislador no puede modificar el criterio establecido por el Constituyente mediante la reglamentación de la cláusula constitucional.

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde Julio B. Maier Carlos F. Balbín)

Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

SENTENCIA, 2671 del 20 DE OCTUBRE DE 2004

Sumario nro. C1000996

SUMARIO

DESIGNACIÓN DE JUECES-AUDIENCIA PÚBLICA

El plazo de sesenta días para que la Legislatura se expida sobre las propuestas de candidatos a jueces, previsto en el artículo 118 de la CCABA constituye una cláusula cerrada que no admite reglamentación alguna. Tan es así, que el Constituyente ha regulado inclusive el modo en que debe contarse dicho, aclarando que se trata de días hábiles y que se excluye de su cómputo el receso legislativo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.118

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde Julio B. Maier Carlos F. Balbín)

Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

SENTENCIA, 2671 del 20 DE OCTUBRE DE 2004

Sumario nro. C1000999

SUMARIO

DESIGNACIÓN DE JUECES-AUDIENCIA PÚBLICA

El Constituyente de la Ciudad impuso dos requisitos para la participación de la Legislatura en la designación de los magistrados de la Ciudad: una pauta temporal, y la participación ciudadana a través de un mecanismo de audiencia pública. Los dos requisitos son compatibles entre sí, por lo que el plazo de 60 días es una pauta temporal comprensiva de dos circunstancias: la remisión de los pliegos y la realización de la audiencia pública. En ese término previsto de modo expreso por el Constituyente deben realizarse los dos actos estatales.

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde Julio B. Maier Carlos F. Balbín)

Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

SENTENCIA, 2671 del 20 DE OCTUBRE DE 2004

V | Participación del consumidor

Sumario: D0301712

SUMARIO

CONSTITUCION NACIONAL-PODER DE POLICIA-DERECOS DEL CONSUMIDOR-DERECOS DEL USUARIO-LIBERTAD DE EXPRESION-PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS-CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El poder regulatorio del Estado respecto al espacio audiovisual resulta del art. 75 inc. 19, último párrafo de la Constitución Nacional -cláusula del desarrollo humano-, y guarda estrecha relación con los preceptos contenidos en los arts. 42 y 43 -derechos del consumidor y del usuario y de la jerarquía constitucional de la "competencia", respectivamente - en tanto, lo atinente a la libertad de pensamiento y de expresión, las prerrogativas que comprende su ejercicio y goce efectivos, así como las prohibiciones a diversas formas de restricción (por vías o medios indirectos) , resultan del precepto contenido en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), y el art.19 punto 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

REFERENCIAS

Ref. Normativas :

Constitución Nacional (1994) Art.75

Constitución Nacional (1994) Art.42 al 43
Ley 23.054 Art.13
Ley 26.380 Art.19
Fuente : SAIJ

DATOS DEL FALLO

JUZGADO NACIONAL DE 1ra INST. EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL. CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL. (Alfonso)
Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa
SENTENCIA del 14 de Diciembre de 2012

Sumario: U0014081

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CULPA DE LA VÍCTIMA-CASO FORTUITO

No sólo el caso fortuito o fuerza mayor constituyen eximentes de responsabilidad, en materia de consumo, sino que la culpa de la víctima también puede generar el quiebre de la relación de causalidad entre el hecho y las consecuencias lesivas por las que se reclama.

Fuente : SAIJ

DATOS DEL FALLO

1ra CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL. MENDOZA, MENDOZA.

(Isuani - Miquel)

Orellana Poblete, Julia Rosa c/ Millán S.A. s/ D. y P.

SENTENCIA del 27 de Noviembre de 2012

Sumario: U0014082

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CULPA DE LA VÍCTIMA-CASO FORTUITO-RESPONSABILIDAD OBJETIVA

La responsabilidad del proveedor es objetiva, previendo el art. 40 de la Ley 24.240 como única eximente, que aquél demuestre que "la causa del daño le ha sido ajena" (texto agregado por Ley 24.999, art. 4), la que, como tal, habrá provocado la "ruptura del nexo causal".

REF. NORMATIVAS :

Ley 24.240 Art.40

Ley 24.999 Art.4

Fuente : SAIJ

DATOS DEL FALLO

1ra CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL. MENDOZA, MENDOZA. (Isuani - Miquel)

Orellana Poblete, Julia Rosa c/ Millán S.A. s/ D. y P.

SENTENCIA del 27 de Noviembre de 2012

.....

Sumario: U0014083

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CULPA DE LA VÍCTIMA-CASO FORTUITO-RESPONSABILIDAD OBJETIVA-LESIONES

De conformidad con lo dispuesto en la ley de Defensa del Consumidor, la firma propietaria de un supermercado debe responder por los daños que sufrió un cliente al cortarse la superficie de una mano con un plástico cuando intentó tomar un producto de una góndola, si no se acreditó que existió culpa de la víctima, toda vez que basta, en el supuesto de responsabilidad contractual por incumplimiento de la obligación de seguridad, de resultado, la producción del daño, invirtiéndose la carga probatoria hacia el proveedor demandado que deberá acreditar que la causa del daño le es ajena.

Fuente : SAIJ

DATOS DEL FALLO

1ra CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL. MENDOZA, MENDOZA. (Isuani - Miquel)

Orellana Poblete, Julia Rosa c/ Millán S.A. s/ D. y P.

SENTENCIA del 27 de Noviembre de 2012

.....

Identificación SAIJ: K0026058

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-PROCESO JUDICIAL-LEGITIMACIÓN ACTIVA-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

Del juego armónico de los arts. 52, 55 y 56, inc. e) de la ley 24.240 se desprende que en caso de lesión directa a un derecho subjetivo, la legitimación para reclamar es sólo de su titular, es decir, el consumidor o usuario y solo cuando se afecten —además— derechos colectivos o difusos podrán accionar judicialmente las asociaciones de consumidores o usuarios legalmente inscriptas (Cons. IV).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 03 (Grecco, Argento, Fernández.)

“Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A.-Ley 24.240 y otro s/ Amp. Proc. Sumarísimo (Art.321 inc 2 C.P.C. y C.)”.

SENTENCIA del 16 DE JULIO DE 2008

.....

Identificación SAIJ: K0026059

SUMARIO

PROCESO JUDICIAL-LEGITIMACIÓN ACTIVA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

La asociación actora carece de legitimación activa pues su pretensión ha quedado reducida a la tutela de derechos de carácter patrimonial, subjetivos, individuales, divisibles y disponibles por sus titulares (Cons. V).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Grecco, Argento, Fernández.)

“Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A.-Ley 24.240 y otro s/
Amp. Proc. Sumarísimo (Art.321 inc 2 C.P.C. y C.)”.

SENTENCIA del 16 DE JULIO DE 2008

Identificación SAIJ: K0027244

SUMARIO

PROCEDIMIENTO JUDICIAL-BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS-ASOCIACIONES DE
CONSUMIDORES: PROCEDENCIA

En el art. 55 de la ley 24.240 sustituido por el art. 28 de la ley 26.361, se prevé 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 art. 58 de esta ley.

Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita”.

Atento a que en la norma transcripta se hace referencia a las acciones judiciales iniciadas no cabe excluir a las que lo fueron con anterioridad a su dictado. Esta interpretación resulta coherente con lo previsto en el art. 84, último párrafo del C.P.C.C.N. respecto del alcance del beneficio de litigar sin gastos (Cons. IV).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.84, Ley 24.240 Art.55, LEY 26.361 Art.28

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Morán, Márquez, Fernández.)

“Proconsumer Asociación Protección Cons Mercado C del S c/ EN-PEN Dto. 577/02 y otro s/ beneficio de litigar sin gastos”.

SENTENCIA del 23 DE MARZO DE 2010

Sumario nro. W0001215

SUMARIO

AMPARO: PROCEDENCIA-ASOCIACIONES DE USUARIOS

Resulta procedente la acción de amparo prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional promovida por un grupo de usuarios nucleados en la asociación demandante ante la futura ejecución de lo decidido en un convenio celebrado entre el Estado Provincial y las razones sociales concesionarias del servicio de energía eléctrica, aprobado por decreto emanado del Titular del Ejecutivo N° 1652-OP-2000 atento al origen estatal de la decisión adoptada, su incidencia sobre el derecho de propiedad de los usuarios, la inminencia de su aplicación y la no negada inexistencia de remedios procesales —administrativos o judiciales— alternativos y eficaces para enervar la producción del eventual perjuicio constitucional. Ello así por cuanto la materia del debate propuesto por la amparista no excede los límites marcados por la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy y la naturaleza de la pretensión ajusta a lo exigido por el artículo citado de la Constitución Nacional en orden a extender la tutela judicial efectiva demandada. Por lo demás, por imperio de lo

decidido en la Causa “Figueroa c/ Estado Provincial” registrada en L.A. N° 44 F° 475/476 N° 187 la norma contenida en el artículo 4 de la Ley 4442 es inconstitucional, resultando competente para entender en pretensiones como la presente el Tribunal en lo Contencioso Administrativo. En mérito a lo expuesto, cabe concluir que el caso fue sometido a conocimiento y decisión del órgano jurisdiccional constitucional y legalmente habilitado para resolverlo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.43

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, SAN SALVADOR DE JUJUY, JUJUY

(Dr. José Manuel del Campo Dr. Sergio Eduardo Valdecantos Dr. Héctor Fernando Arnedo Dr. Héctor Eduardo Tizón Dr. Enrique Rogelio Mateo (habilitado))

Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur -PROCONSUMER c/ Estado Provincial - Superintendencia de Servicios Públicos - Empresa Jujeña de energía - Empresa Jujeña de Servicios Eléctricos Dispersos s/ Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en expediente n° B-62985/00 Amparo. L.A. N° 44 F° 1081/1089 N° 478

SENTENCIA, 554/01 del 12 DE OCTUBRE DE 2001

Sumario nro. E0012065

SUMARIO

PARTICIPACIÓN DEL CONSUMIDOR-ENCUESTAS DE OPINION:REQUISITOS-CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

El CCT 107/90 sólo requiere que el encuestador efectúe “encuestas” y que éstas se realicen conforme las pautas establecidas por la empresa. No existe ninguna norma de dicha convención que exija que la encuesta sea personal, es decir “frente a frente”. Por ello, y ante la falta de formación de una comisión paritaria que pudiera haber definido las características de quienes realizan encuestas mediante sondeos telefónicos, resulta justo pensar que los mismos están incluidos en el convenio mencionado, pues la ley no puede amparar la pretensión de la demandada, que sin gestionar la formación de la comisión paritaria a tal efecto, pretende excluir la medición de audiencia por encuesta telefónica, de la actividad propia de los encuestadores. (Conf. esta Sala sent. 37279 del 19/2/04 “Arias, Alberto

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, CAPITAL FEDERAL

Sala 07 (Ruiz Diaz. Rodriguez Brunengo.)

Arias, Alberto c/ Multimedios Marketing SRLMultimedios Marketing SRL s/ dif. de salarios

SENTENCIA, 23688/01 del 31 DE MARZO DE 2004

Sumario nro. G0021697

SUMARIO

QUERELLANTE-CALIDAD DE PARTE:REQUISITOS-PERJUICIO DIRECTO-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-RECHAZO DEL QUERELLANTE

Para asumir el rol de querellante en una causa penal es menester que quien lo pretenda se haya visto afectado directamente por el hecho original y que se trate del titular del bien jurídicamente protegido por el delito presuntamente cometido. El que sólo cuenta con el carácter de damnificado por el daño que el eventual ilícito penal atribuido acarrea no podrá constituirse, a la luz de lo previsto por el art. 82 del C.P.P.N., en querellante, por no tratarse de particular ofendido (*).

La lesión se refiere a la afectación de un bien jurídicamente tutelado —y su titular— mientras que el perjuicio puede sufrirlo otro; así, el daño no es más que una eventual consecuencia patrimonial o ideal de lesión (**).

El art. 52, segundo párrafo de la ley 24.240 —y demás legislación concordante—, si bien faculta a las asociaciones de consumidores a iniciar acciones judiciales, no las habilita a querellarse sin más, pues para ello deben, conforme lo exige la ley procesal, resultar directamente afectadas por el ilícito. De otro modo, el concepto de “particular ofendido” pasaría a estar presupuesto y ajeno a cualquier examen jurisdiccional.

La autorización a promover acciones judiciales, no puede encontrarse al margen de la propia ley procedimental a la que se encuentra sujeto el asunto al que se pretende acceder.

Con ello, debe homologarse el auto que no hizo lugar a la Dirección de Defensa y Protección al Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a constituirse en parte querellante.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.984 Art.82, Ley 24.240 Art.52

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 05 (Navarro, Filozof. (Prosec. Cám.: Maiulini).)

Dirección Gral. de Defensa del Consumidor. s/ .

SENTENCIA, 23242 del 3 DE FEBRERO DE 2004

Sumario nro. D0012368

SUMARIO

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-ACCIÓN DE AMPARO-INTERESES COLECTIVOS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-LEGITIMACIÓN PROCESAL

La legitimación de las personas indicadas en la norma constitucional —entre las que se menciona a las asociaciones que propendan a la protección de los consumidores— para interponer la acción de amparo allí prevista, es sólo para los supuestos en que se encuentren comprometidos derechos de incidencia colectiva, con el alcance recién precisado. En lo que concierne a los derechos que protegen al consumidor, alcanzados por la tutela constitucional del amparo, la redacción del art. 43 de la C.N. exige hacer una aclaración. Al respecto, se ha precisado, con razón, que la ubicación contextual de la regla en el ámbito de protección de los derechos de incidencia colectiva determina que la tutela se encuentra dispuesta en relación con los derechos públicos de la sociedad y no con el de los particulares damnificados —que encuentran protección en el primer párrafo del artículo—, pues la utilización de la expresión “en general” pone de manifiesto que los supuestos mencionados anteriormente —como el de los consumidores—, son especies de derechos de incidencia colectiva (cfr. Humberto Quiroga Lavie, “El amparo, el Habeas Data y el Habeas Corpus en la reforma de la Constitución Nacional”, en el libro “La Reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción”, Ed. Rubinzal-Culzoni, pag. 143).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.43

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Dr. Francisco de las Carreras - Dr. Martín D. Farrell - Dra. María Susana Najurieta.)

CENTRO DE EDUCACIÓN AL CONSUMIDOR c/ COBER MED S.A. Y OTRO s/ sumarísimo.

SENTENCIA, 14589/03 del 27 DE MAYO DE 2004

Sumario nro. F0025400

SUMARIO

CONSTITUCIÓN PROVINCIAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-LEALTAD COMERCIAL-BUENA FE-INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO-CELEBRACION DEL CONTRATO-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-LEGITIMACIÓN PROCESAL

En el art. 30 de la Constitución Provincial surge la facultad primigenia de las organizaciones del consumidor en defensa de sus intereses legítimos, estableciendo la lealtad como parámetro de comportamiento en la faz contractual.

Es decir, a nuestro entender, la buena fe (art. 1198, CC.), creencia, tanto al tiempo de celebrar, modificar o extinguir el contrato de consumo, principios que se trasladan a la Ley de Lealtad Comercial.

Como antecedente de la legitimación de las asociaciones cabe mencionar al Convencional Constituyente Rajneri cuando al fundamentar el art. 14 de la Constitución de 1957 expresa que queda garantizada la libertad de asociación para fines lícitos, tanto en el plano del trabajo en sindicatos y demás asociaciones profesionales como en el plano político, cultural, religioso, espiritual, económico, asistencial o meramente recreativo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.1198, CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. Art.14, CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. Art.30

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNDAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

VI | Contratos de consumo

Identificación SAIJ : U0014207

TEMA

SEGUROS-CONTRATOS DE CONSUMO

No hay dudas que el contrato de seguro es un contrato de consumo al que le resultan aplicables las normas referidas a los principio in dubio pro consumidor, la garantía de información veraz y suficiente, la garantía de indemnidad, la nulidad de cláusulas abusivas (arts. 2, 3, 4, 5, 8 y 37 Ley 24240

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.2 al 5, Ley 24.240 Art.8, Ley 24.240 Art.37

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , MENDOZA, MENDOZA
Sala 01 (PÉREZ HUALDE - NANCLARES - PALERMO)

Federación Patronal Seguros S.A. en j: 100.784/36.550 Barragán, Ricardo Guillermo y ots. c/
Reynaga, Ricardo Ernesto y ots. p/ d. y p. s/ inc. cas.
SENTENCIA del 18 DE DICIEMBRE DE 2013
Nro.Fallo: 13190060

Identificación SAIJ : B0956671

TEMA

SEGURO COLECTIVO:PRINCIPIOS-PRIMA-CONTRATOS DE CONSUMO:REGIMEN JURIDICO
Ante la demanda por cumplimiento del contrato de seguro colectivo de vida, resulta improcedente la defensa de falta de pago de la prima pues, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato de seguro colectivo, su mayor función social y carácter tuitivo, considerando que la indemnización reviste naturaleza alimentaria, se justifica atenuar "in favore contractus" los principios aplicables para el seguro por daños, interpretando el favor debitoris en sentido favorable a la parte débil en la relación de consumo que, desde luego, es el asegurado.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (JUNIN) , JUNIN, BUENOS AIRES

(Guardiola - Castro Durán)

Fava, Olga Susana c/ Provincia Seguros S.A. s/ Cumplimiento de Contratos Civiles y Comerciales

SENTENCIA del 3 DE OCTUBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13010210

.....

Identificación SAIJ: A0070366

SUMARIO

RECURSO EXTRAORDINARIO-CUESTION FEDERAL-PRINCIPIO DE CONGRUENCIA-CONTRATOS DE CONSUMO-FUNDAMENTACION DE SENTENCIAS-FALTA DE FUNDAMENTACION-DEFENSA EN JUICIO

El agravio invocado en el recurso extraordinario —violación del principio de congruencia— suscita cuestión federal suficiente para habilitar la instancia, pues la sentencia que confirma la sanción impuesta al banco por supuesta violación a la norma que preveía el tamaño de letra a emplear en los convenios de consumo, no satisface las condiciones de validez en tanto en él ninguna referencia se hace a las cuestiones planteadas por el recurrente, sustentándose exclusivamente en fórmulas dogmáticas y genéricas, menoscabando la adecuada fundamentación exigible a los fallos judiciales y lesionando el derecho de defensa en juicio.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni Voto: Argibay)

Banco Cetelem Argentina S.A. c/ Director Nacional de Comercio Interior -disp. 174/05 s/ Recurso extraordinario.

SENTENCIA del 26 DE FEBRERO DE 2008

Identificación SAIJ: C0403488

SUMARIO

**CONTRATOS DE CONSUMO-EJECUCION DEL CONTRATO-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-
PRESCRIPCIÓN-COMPUTO DEL PLAZO**

Del voto de la mayoría (Dres. Kiper y Giardulli):

1- La ley 24.240 regula todas las relaciones jurídicas emergentes de los contratos celebrados para consumo o uso personal que encuadren en sus arts. 1 y 2 y cuenta con la posibilidad de ejercer diversas acciones como exigir el cumplimiento del contrato, plantear la ineficacia de cláusulas abusivas, ejercer acciones de responsabilidad, pedir la reparación o sustitución del bien objeto del contrato, etc.

2- A todas ellas se aplica el plazo de prescripción del art. 50 sin distinciones entre las obligaciones contractuales o extracontractuales, lapso que en general es más beneficioso como sucede en el caso de los contratos de seguro, de transporte, acciones por nulidad de acto jurídico, por responsabilidad aquiliana, vicios redhibitorios, etc., salvo que otra disposición otorgue un plazo mayor (art. 4023 del Código Civil), en cuyo caso el plazo debe favorecer a los usuarios porque en caso de duda en materia de prescripción se debe adoptar un criterio restrictivo en cuanto a su operatividad y una interpretación más favorable al consumidor. (Sumario N°19137 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.4023, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.1 al 2, Ley 24.240 Art.50

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala H (KIPER, GIARDULLI, MAYO.)

NÉÑEZ, Norma Gladys c/ METROVÍAS S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.

SENTENCIA del 28 DE ABRIL DE 2009

Identificación SAIJ: C0404013

SUMARIO

**COMPETENCIA-DAÑOS Y PERJUICIOS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CONTRATOS DE
CONSUMO**

Corresponde intervenir a la justicia comercial en una acción por daños y perjuicios contra una empresa de televisión por cable, originados en el incumplimiento de lo convenido entre ambas en un contrato y de lo acordado ante la Dirección de Defensa del Consumidor en actuaciones labradas por infracción a la ley 24.240. Ello así porque dicha ley en el art. 3º ha previsto que sus disposiciones se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la defensa de la competencia y lealtad comercial.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, Ley 24.240 Art.3

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala DE SUPERINTENDENCIA (MOLTENI, RAMOS FEIJÓO, CORTELEZZI.)

RIAL, Luciana Raquel c/ TELECENTRO S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS s/COMPETENCIA.

SENTENCIA del 24 DE FEBRERO DE 2010

SUMARIO

CONTRATOS-MEDICINA PREPAGA-AUMENTO DE CUOTA-CONTRATOS DE CONSUMO-DEBER DE INFORMACIÓN

La incorporación al sistema prepago significa para el usuario que la obligación que asume la empresa no puede ser variada unilateralmente -menos aun en forma abusiva- de allí que debe mantener los servicios comprometidos conforme a los principios de identidad e integridad de las obligaciones (arts. 740 y 742 del Código Civil)y esta misma línea de pensamiento debe aplicarse al valor económico de la cuota prepaga.

Si las partes celebran un vinculo equitativo, pero una de ellas se reserva la facultad de modificarlo con el transcurso del tiempo, en aspectos como la calidad de los servicios que presta o el precio, se reconoce un poder negocial abrumador, que amplía excesivamente los derechos de uno de los contratantes. De tal modo la cláusula puede ser descalificada por abusiva, al producirse un ilícito contractual previsto en el art.37 de la ley 24.240 dando lugar a la recomposición del contrato.

Cuando los aumentos de cuota se determinan por la sola voluntad unilateral de la empresa sin que se haya demostrado que las causas previstas hayan incidido en los incrementos y se llevó al afiliado a cambiar de plan con disminución de prestaciones para pagar una cuota más reducida, no cabe duda que se configura una hipótesis de lesión (art. 954 del Código Civil)frente al estado de necesidad de no quedar excluido de las prestaciones médicas.

La empresa de medicina prepaga tiene el deber de mantener las prestaciones pactadas conforme lo convenido inicialmente (art. 19 ley 24.240)y además su deber de información (art.4 de la ley)ante cualquier variación de las condiciones contractuales establecidas (vg. Aumento de costos)a fin de que el afiliado preste conformidad con su modificación. Se aplican los principios favorables al consumidor por lo que se debe restituir al afiliado el aumento de las cuotas en el porcentaje del incremento del haber jubilatorio, atendiendo el principio de solidaridad que prevalece en el actual derecho civil y la necesidad de incrementar las cuotas dada la prolongación temporal del contrato.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 740, Ley 340 Art. 742, Ley 340 Art. 954, Ley 24.240 Art. 4, Ley 24.240 Art. 19, Ley 24.240 Art. 37

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL
(HERNANDEZ, DÍAZ, AMEAL.)

VARISE, Aldo Horacio c/ S.P.M. SISTEMA DE PROTECCIÓN MÉDICA S.A. s/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO - ORDINARIO.

SENTENCIA del 11 DE FEBRERO DE 2010

SUMARIO

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-CLÁUSULAS ABUSIVAS

La búsqueda de un equilibrio más real entre los interlocutores económicos y de instrumentos nuevos que regulen las relaciones de consumo, por parte del derecho del consumo, conduce a reconsiderar ciertos principios jurídicos fundamentales.

Así el desarrollo de la obligación de información profesional, la prohibición de las condiciones contractuales abusivas, la instauración del mecanismo de plazo de reflexión, proceden de una crítica del carácter ficticio, de principios tales como la libertad de las convenciones, o la igualdad de los derechos y de las obligaciones.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025385

SUMARIO

CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-LEGITIMACIÓN PROCESAL-INTERESES DIFUSOS-INTERESES COLECTIVOS

Osvaldo Alfredo GOZAINI, nos explica que la novedad del siglo XX fue la consagración del derecho de masas, despersonalizado, que no tenía un dueño particular ni un único afectado. Los derechos de incidencia colectiva, fueron aquellos que reconocían una parte de la titularidad procesal (la subjetividad del derecho de acción) en varios legitimados: grupos o asociaciones, Ministerio Público, defensor del pueblo, etcétera.

Las necesidades pueden ser individuales, es cierto; pero también lo es que, en el caso del Derecho del consumidor o usuario fundamentalmente son colectivas o genéricas, y se integran al concepto de perdurabilidad de las situaciones afflictivas. Es decir, que aun siendo invocadas por uno solo de los afectados, existe un grupo también interesado por la magnitud de la crisis y su posible continuidad si la cuestión no se compone "para todos".

Si el interés colectivo o difuso no tiene ubicación específica en nuestro ordenamiento legal, no hay duda de que se le debe abrir espacio partiendo de la base de los conceptos existentes a las exigencias de la realidad; paralelamente, las vías procesales vigentes tendrán que ser adecuadas a los fines del juego de los derechos inherentes a tales intereses.

En el campo de los "intereses difusos" es evidente que no es solo la cosa pública la que aparece directamente dañada sino que es el conjunto de los habitantes de una manera personal y directa; respecto de ellos el derecho objetivo tiene que acordar un esquema de protección, dando legitimación para obrar al grupo o individuo que alegue su representación sin necesidad de norma específica al respecto.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. C2002236

SUMARIO

PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO-CONTRATOS DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR: RÉGIMEN JURÍDICO; ALCANCES-CONTRATOS CONEXOS

En la dinámica del íter inmobiliario hay, por lo menos, dos sujetos: por una parte el "comprador-consumidor" y por la otra el vendedor. Sin embargo, no es inusual que en la contratación intervengan otros participantes. De ser así, la operación se realiza a través de una concatenación de actos en los

que intervienen distintos sujetos, que van desde el constructor o emprendedor que produce o genera el bien inmueble, el comercializador -generalmente una inmobiliaria, el titular del dominio —que puede no ser ninguno de los anteriores— hasta el comprador, que cierra el contrato. Además, ese contrato puede incluir una financiación consecuencia de una relación de crédito con otro sujeto de derecho, que si bien es tercero en relación a la adquisición, toma parte en el contrato de consumo considerado en su integridad. O sea que nos encontramos frente a diversos actos vinculados estrechamente, donde interviene una pluralidad de sujetos que protagonizan distintas relaciones contractuales, las cuales, si bien poseen distinta naturaleza y deben ser reguladas de forma particular, por estar ligadas al inmueble objeto de protección, se encuentran dentro del régimen de Defensa del Consumidor. En otras palabras, al ser el contrato base uno de consumo en los términos de la Ley Nro. 24.240, deben aplicarse también sus disposiciones a los que se le vinculen.

Por otra parte, el concepto de “relación de consumo” —empleado en los artículos 42 de la Constitución Nacional y 46 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires— es más amplio que la noción de contrato, pues abarca no sólo a la relación contractual en sí misma, sino también “a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios” (Farina, Juan M. Defensa del consumidor y del usuario, Astrea, Buenos Aires, 1995, página 13). Ello así, ninguna duda cabe de que el carácter de contrato de consumo que tiene el negocio principal torna aplicable la Ley Nro. 24.240 también a los contratos vinculados a él, pues todos integran, en definitiva, la relación de consumo. (Del voto en disidencia del Dr. Esteban Centanaro).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.46

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS., CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 02 (Esteban Centanaro en disidencia)

Comisión Municipal de la Vivienda c/ Sazatornil, Vanesa s/ Aut. Adm. Actora

SENTENCIA, 918 del 23 DE ABRIL DE 2002

.....

Sumario nro. C2002237

SUMARIO

PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO-CONTRATOS DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR: RÉGIMEN JURÍDICO-CLÁUSULAS ABUSIVAS: CONCEPTO; REQUISITOS-CONTRATOS DE ADHESIÓN

Son cláusulas abusivas aquellas impuestas unilateralmente por el empresario en los contratos de adhesión y que perjudican a la otra parte o determinan una situación de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores y usuarios. Si bien el artículo 37 de la Ley Nro. 24.240 es aplicable a todos los contratos de consumo, con independencia de que sean negociados o no, normalmente se encuentran cláusulas de ese tipo cuando el negocio se celebra por adhesión a condiciones predispuestas y por ello el contrato es proclive a ser inequitativo. En todos los casos, mediante la descalificación de tales cláusulas la ley trata de corregir, en última instancia, las desigualdades en el poder de negociación de las partes.

La novedad de la Ley de Defensa del Consumidor consiste en clarificar las desigualdades existentes a la hora de contratar, exigiendo al empresario que cumpla con determinados requisitos; a diferencia de la lesión, en la que hay que demostrar la ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, o una notable desproporción de las prestaciones obtenidas por la explotación de la

necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte por haber previsto esta figura para ser aplicada a contratos paritarios. (Del voto en disidencia del Dr. Esteban Centanaro).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.37

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS., CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 02 (Esteban Centanaro en disidencia)

Comisión Municipal de la Vivienda c/ Sazatornil, Vanesa s/ Aut. Adm. Actora

SENTENCIA, 918 del 23 DE ABRIL DE 2002

Sumario nro. C2002238

SUMARIO

PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO-JUICIO EJECUTIVO-EJECUCION HIPOTECARIA-CONTRATOS DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR: RÉGIMEN JURÍDICO-CLÁUSULAS ABUSIVAS-CONTRATOS DE ADHESIÓN

La cláusula que deja a exclusivo criterio de la actora la opción por la vía de ejecución judicial, con la consecuente aplicación de las normas del rito nacional, o por la ejecución especial contemplada por la Ley Nro. 24.441, es una cláusula abusiva en los términos del artículo 37 de la Ley Nro. 24.240 toda vez que importa una ampliación injustificada de los derechos del accionante.

Ello así, la cláusula en examen —que podría ser plenamente válida en un contrato no regido por la Ley Nro. 24.240—, al otorgar injustificadamente al “proveedor” —en los términos de la ley citada— una facultad que no deriva de las normas supletorias aplicables al negocio celebrado, y que le permite optar por el régimen que habrá de regir la ejecución de la hipoteca, debe considerarse inválida a tenor del artículo 37 de dicha ley.

Debe quedar claro que la cláusula es abusiva no por pactarse mediante ella dos procedimientos de ejecución diferentes sino por dejar la opción en manos de quien resulta ser la parte que redactó el contrato. (Del voto en disidencia del Dr. Esteban Centanaro)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.37, Ley 24.441

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS., CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 02 (Esteban Centanaro en disidencia)

Comisión Municipal de la Vivienda c/ Sazatornil, Vanesa s/ Aut. Adm. Actora

SENTENCIA, 918 del 23 DE ABRIL DE 2002

Sumario nro. C2002240

SUMARIO

PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO-JUICIO EJECUTIVO-EJECUCION HIPOTECARIA: RÉGIMEN JURÍDICO-OPOSICION DE DEFENSAS-CONTRATOS DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CLÁUSULAS ABUSIVAS

La cláusula contractual que estableció o bien el procedimiento ejecutivo o bien el previsto por la Ley Nro. 24.441, está disponiendo una limitación en la facultad de oponer excepciones por el comprador pese a lo prescripto por el artículo 14 de la Ley Nro. 19.724. Dicha norma impone una forma solemne consistente en supeditar el efecto de tales cláusulas a la aceptación expresa por el adquirente en una cláusula especial firmada por éste. De modo que, en caso de no respetarse esta solemnidad, no podría ser oponible al deudor. (Del voto en disidencia del Dr. Esteban Centanaro).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 19.724, Ley 24.441

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS., CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 02 (Esteban Centanaro en disidencia)

Comisión Municipal de la Vivienda c/ Sazatornil, Vanesa s/ Aut. Adm. Actora

SENTENCIA, 918 del 23 DE ABRIL DE 2002

Sumario nro. C2002241

SUMARIO

PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO-JUICIO EJECUTIVO-EJECUCION HIPOTECARIA: RÉGIMEN JURÍDICO-CONTRATOS DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CLÁUSULAS ABUSIVAS-NULIDAD DEL CONTRATO-NULIDAD DE CLAUSULA CONTRACTUAL

Es necesario determinar si la ineficacia de la opción para la ejecución hipotecaria, entre el procedimiento contemplado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el previsto por los artículos 52 y 55 de la Ley Nro. 24.441, acarrea la de la cláusula en su integridad o si, por el contrario, ella subsiste en su parte restante.

Resulta determinante a los efectos de responder este interrogante el hecho de que, testada la opción a favor de la actora, la parte remanente es contradictoria en sí misma por prever dos procedimientos distintos. De este modo, la ineficacia de la parte que fija la elección a criterio de la actora implica la de toda la cláusula, teniéndola por no convenida en su integridad. (Del voto en disidencia del Dr. Esteban Centanaro).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.441 Art.52 al 55

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS., CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 02 (Esteban Centanaro en disidencia)

Comisión Municipal de la Vivienda c/ Sazatornil, Vanesa s/ Aut. Adm. Actora

SENTENCIA, 918 del 23 DE ABRIL DE 2002

Sumario nro. C2002243

SUMARIO

PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO-CONTRATOS DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CLÁUSULAS ABUSIVAS-ACTUACION DE OFICIO: PROCEDENCIA

El régimen tuitivo de los consumidores tiene carácter de orden público (artículo 65, Ley Nro. 24.240), lo que debe conducir a su aplicación de oficio por los jueces aún en ausencia de petición concreta de las partes en ese sentido. (Del voto en disidencia del Dr. Esteban Centanaro).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.440

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS., CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 02 (Esteban Centanaro en disidencia)

Comisión Municipal de la Vivienda c/ Sazatornil, Vanesa s/ Aut. Adm. Actora

SENTENCIA, 918 del 23 DE ABRIL DE 2002

Sumario nro. F0025380

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-TELECOMUNICACIONES-TELEFONIA CELULAR-FACTURACION DE SERVICIOS PUBLICOS-FACTURACION EXCESIVA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CLÁUSULAS ABUSIVAS-CONTRATOS DE CONSUMO-CONTRATOS DE ADHESIÓN

Las Resoluciones Nro. 53/03 de la Secretaría de la Competencia, Desregulación y Defensa del Consumidor, así como las Nro. 26/03 y Nro. 9/04, de la Secretaría de Coordinación Técnica (que amplían a la primera) han determinado las cláusulas que no pueden ser incluidas en los contratos de consumo por ser opuestas a los criterios establecidos en el art. 37 de la Ley Nro. 24.240 y su reglamentación.

Ello por cuanto en los términos del art. 42 de la C.N. los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, entre otros, a la protección de sus intereses económicos y a condiciones de trato equitativo y digno, correspondiendo a las autoridades la protección de los mismos, enunciándose las cláusulas que no pueden estar contenidas y establece el principio de que cuando otras normas generales y especiales establecieran condiciones de contratación más favorables al consumidor se estará a lo dispuesto por éstas.

En particular se observa la enunciada en el inciso a) de la Res. Nro. 53/03 que considera abusivas aquellas cláusulas que confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y las prestaciones respectivas.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240 Art.37

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025383

SUMARIO

CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO:EFECTOS-CONSTITUCIÓN NACIONAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Corresponde en este estadio referirse a la "relación de consumo", relación que cuenta con recepción expresa en el art. 42 de la C. Nacional a través de la reforma de 1994, estableciéndose allí una serie de derechos esenciales de los consumidores y/ o usuarios que exigen se implementen y respeten durante toda la "relación de consumo", y no al específico contrato de consumo, puesto que aquella relación va más allá del convenio celebrado entre las partes, cabiendo incluir al potencial consumidor durante las tratativas previas. Es decir, no se circunscribe a lo contractual y se refiere a algo mucho más amplio.

Es decir, existe una extensión en relación al ámbito objetivo ya que no nos acotamos estrictamente a los efectos jurídicos generados durante la vigencia del contrato de consumo, sino que se extiende la tutela protectora de la parte débil al campo precontractual (por ej. La publicidad) y postcontractual (obligaciones posteriores a la extinción del contrato); agregándose a ello la extensión también al llamado ámbito subjetivo, por cuanto en contra de lo que sucede en el derecho común en donde los efectos del acuerdo se limitan a las partes contratantes, en la relación de consumo, de acuerdo a lo normado en los arts. 11 y 40 de la Ley Nro. 24.240, se incluye al fabricante, distribuidor, importador, etc. (sujetos pasivos) y desde el punto de vista activo, no sólo al consumidor, sino también a lo que el common law denomina "bystander", sujeto que resulta perjudicado por el defecto de determinado producto, y que mediante la Ley Nro. 24.240 se denomina usuario.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240 Art.11, Ley 24.240 Art.40

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025384

SUMARIO

CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-TELECOMUNICACIONES-TELEFONIA CELULAR

Ricardo Luis Lorenzetti y Gustavo Juan Schotz, en "Derecho del Consumidor", Ed. Abaco de R. Depalma, 1998, Univ. Austral, consideran el rango constitucional del principio protectorio, que se desarrolla a nivel infra constitucional basado en un criterio activante de la calificación protectoria (este elemento ha variado en distintos períodos históricos: "favor debitoris", "favor debilis", protección de grupos contratantes en función de la tipicidad contractual).

Por supuesto, la extensión de la aplicación de dicho Principio depende de los elementos de la relación de consumo.

Pero más allá de ello, de un juego armónico interpretativo de los mismos, se advierte en los arts. 1, 2, 40, 56, y 74 de la ley 24.240 que el consumidor como sujeto que ingresa al sistema del derecho privado, confiriéndole un sentido diferente, y acentuando el carácter protectorio de la parte más débil. Ver en particular el Capítulo II, "La relación de consumo", en la obra citada y en particular nota 23 y 24, páginas 63, 73/75, 84, 87, 93 y 95 in fine.

Sobre la regla “favor debitoris” ver además el trabajo de Luis Moisset de Espanés y Guillermo Tinti, en la misma obra, Cap. II, en particular 103/105, 107, 109 in fine.

En el caso de autos se trata de usuarios del servicio de telefonía móvil, relaciones que a entender de Lorenzetti en las legislaciones brasileña y argentina, aunque no se la menciona expresamente en la definición normativa, hay una relación de los servicios públicos que permite subsumir estas actividades dentro de las normas de consumo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.1 al 2, Ley 24.240 Art.40, Ley 24.240 Art.56

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNDAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025387

SUMARIO

CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO:CONCEPTO-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-LEGITIMACIÓN PROCESAL

La relación de consumo se instrumenta en un contrato de consumo, Gozáni se pregunta: (Qué es un contrato de consumo? “según Wajtraub, contrato de consumo será todo aquél que se celebre entre un proveedor de bienes o servicios profesional y un adquirente a título oneroso que contrate para destinar dichos bienes o servicios para su consumo final o de su grupo familiar o social, siendo indistinta su concreción o no, mediante condiciones generales.

Además, el acuerdo deberá versar sobre: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios, o c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda. Con este encuadre, la relación de consumo se establece entre quien tiene la cosa, bien o servicio, en calidad de usuario o consumidor final, y el proveedor de aquellos, sin importar en la especie que entre ellos exista una vinculación directa”.

Contrato de consumo —dice Rubén S. Stiglitz — es el celebrado a título oneroso entre un consumidor final —persona física o jurídica— con una persona física o jurídica, pública o privada, que actuando profesional u ocasionalmente, en calidad de productora, importadora o distribuidora, comercialice bienes o preste servicios, y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para uso privado, familiar o social.

La amplitud del concepto permite deducir la dimensión tuitiva que tiene el Derecho del Consumidor, en virtud de que son numerosos los tipos de contratos que se pueden celebrar donde queden vinculadas partes en calidad de sujeto consumidor y agente de producción.

(Cuál es la singularidad, entonces? Simplemente las diferencias que entre ellas existen para disponer sobre el objeto del negocio, sus particularidades y, en definitiva, quién tiene el poder de negociación.

Por tanto, la protección procesal se dispensa al usuario o consumidor que goza de una herramienta jurídica contra el abuso de la posición dominante.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025388

SUMARIO

CONTRATOS DE SERVICIOS:FINALIDAD-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO: FINALIDAD

Con la sola finalidad de clarificar las características que rodean un contrato de servicio, es por demás ilustrativo el enfoque sistemático del contrato. Esta mirada se basa en la interacción de un grupo de contratos que actúa en forma relacionada, de modo que el contrato es un instrumento para la realización de negocios.

Ello permite establecer que hay una finalidad negocial supracontractual que justifica el nacimiento y funcionamiento de una red, así para la comprensión de un vínculo individual se requiere la comprensión del sistema. En este contexto, si la finalidad supra contractual es de consumo, todos los contratos son de consumo por conexidad o accesoriadad.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025389

SUMARIO

CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO:FINALIDAD-TELECOMUNICACIONES-TELEFONIA CELULAR-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Surge gráficamente, que si la finalidad de un contrato —en el caso el que vincula a CTI con el usuario— es la prestación del servicio de telefonía móvil el contrato es de consumo, la relación es de consumo, el derecho aplicable es el derecho de los consumidores.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025390

SUMARIO

CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-ELEMENTOS DEL CONTRATO-ACEPTACION-CELEBRACION DEL CONTRATO-CONSENTIMIENTO-FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS-TELECOMUNICACIONES-TELEFONIA CELULAR

Las relaciones masivas —como la de autos— tiene como supuesto de hecho la adhesión a las condiciones generales. De esta manera la oferta basada en la apariencia y la aceptación basada en la confianza toman protagonismo y se tornan jurídicamente relevantes, al momento de analizar una relación en particular.

Como principio jurídico y regla hermenéutica, tanto la confianza como la apariencia significan que se da primacía lo objetivamente declarado porque se protegen las expectativas creadas y a quien confió en ellas. La confianza es el fundamento de la celebración de los contratos, ya que “lo que funda la fuerza obligatoria del contrato es la confianza que unos de los contratantes inspira en el otro”.

Por derivación de la seguridad y la confianza en el tráfico, es sabido que situaciones objetivas en las que la apariencia creada y la actuación en base a la confianza, autorizan a imputar obligaciones allí donde el sujeto no las estableció expresamente.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025391

SUMARIO

CONTRATOS DE ADHESIÓN:FINALIDAD-CONTRATOS DE CONSUMO-CELEBRACION DEL CONTRATO-CONSENTIMIENTO-FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS

La adhesión como forma contractual es una respuesta a las relaciones masivas, para reparar las situaciones inequitativas que en base a ella se generan resulta imprescindible el control de contenido. Tanto el consentimiento como la adhesión resultan insuficientes porque existen asignaciones de efectos jurídicos que no están conectadas con una declaración de voluntad directa si no en comportamientos objetivos a los que el ordenamiento les adjudica consecuencias.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025408

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-CLÁUSULAS ABUSIVAS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Si bien, la relación contractual, resulta ajena al estrecho ámbito de discusión que permite la acción de amparo, no debo soslayar un aspecto que resulta central para arribar a una solución, como son las denominadas cláusulas abusivas, cuestión fundamental en la materia que nos ocupa - defensa del usuario y consumidor.

El artículo 37 de la Ley Nro. 24.240 considera que se tendrán por no convenidas las cláusulas, entre otras, las que desnaturalizan las obligaciones o que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte. Por su lado el Decreto Nro. 1798/94, cuando reglamenta este artículo aclara que se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes.

Es decir que considera nula ("no convenida") aquella cláusula que se considere abusiva, tal declaración requiere un juicio de concretización para su descalificación.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.37, Decreto Nacional 1.798/94

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025409

SUMARIO

CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-CLÁUSULAS ABUSIVAS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Conforme al análisis realizado por Juan Farina, el artículo 37 de la Ley Nro. 24.240, si bien se aplica a las cláusulas abusivas, no se limita a ellas, pues se refiere a cinco cuestiones distintas íntimamente conectadas: a) ineficacia de pleno derecho de las cláusulas abusivas; b) reglas sobre interpretación de los contratos; c) comportamiento abusivo del empresario (o proveedor); d) derecho del consumidor a demandar la nulidad (o ineficacia), y e) consecuencias de la nulidad parcial del contrato.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.37

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025412

SUMARIO

CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-CLÁUSULAS ABUSIVAS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Rubén Stiglitz, considera que ese desequilibrio significativo ha sido identificado como la nueva fórmula que adopta la anterior de “ventaja excesiva” de la ley francesa. Entiende el autor, que la noción de desequilibrio significativo, como elemento caracterizante de la cláusula abusiva, debe centrarse en su incidencia sobre el principio de onerosidad o de máxima reciprocidad de intereses.

“La inequivalencia presupone ampliación de ventajas o provechos del profesional, o aligeramiento o supresión de sus obligaciones, y, correlativamente, agravamiento de las cargas y obligaciones del consumidor, sin que de la correlación de los polos provecho - sacrificio surja una contrapartida en beneficio del consumidor con relación al bien adquirido o servicio suministrado, ni a la definición o determinación del objeto sobre el que se contrata, pues, indiscutiblemente, éstas son cuestiones negociables o factibles de ser negociadas individualmente”.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025410

SUMARIO

CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-CLÁUSULAS ABUSIVAS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El concepto “desnaturalización de la relación obligacional” debe entenderse como el que altere significativamente la relación, ampliando los derechos del prestador, con daño al usuario, y que de todo ello resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocos de tal entidad que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses al afectarse la relación de equivalencia.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025411

SUMARIO

CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-CLÁUSULAS ABUSIVAS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El derecho positivo propone un modelo que el legislador considera razonable, y que lo suministra a las partes para que lo tomen en cuenta y rijan sus relaciones contractuales sin apartarse de él. Si una cláusula se aparta de este modelo de razonabilidad sin un motivo justificado, será irrazonable, convirtiéndose en un cláusula que desnaturaliza lo natural, lo normal.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

.....
Sumario nro. F0025413

SUMARIO

CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-CLÁUSULAS ABUSIVAS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Por el modo de llegar al consentimiento sin discusión y por adhesión a condiciones predispuestas, el contrato es proclive o inclinado a ser inequitativo, de ahí que estas cláusulas abusivas, leoninas o usurarias ameriten la intervención, muchas veces plural: del legislador, de la autoridad administrativa y del juez de la causa.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

.....
Sumario nro. F0025414

SUMARIO

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-CLÁUSULAS ABUSIVAS

En punto a la interpretación del contrato de consumo, dice Mosset Iturraspe, la regla es estar en caso de dudas, oscuridades o equivocidad de las cláusulas, a la interpretación más favorable al consumidor, parte débil y, en particular, parte ajena a la redacción del contrato. La carga de ser claro, transparente y coherente, pesa sobre el proveedor que predispone las cláusulas negociales.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

Sumario nro. F0025416

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY-CLÁUSULAS ABUSIVAS-PROCESO ORDINARIO

En el contrato de consumo la relación se rige por las cláusulas convenidas, pero supletoriamente se aplica la Ley de Protección al Consumidor y esta aplicación supletoria resulta imperativa cuando existe una cláusula que podría desnaturalizar las obligaciones de la partes y afirmo "podría" porque ello deberá ventilarse por el proceso ordinario que corresponda, y aún así la duda respecto a la calificación debe resolverse a favor del consumidor - usuario, así lo establece la regla de interpretación más favorable al consumidor que recepta la citada ley.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025417

SUMARIO

TELECOMUNICACIONES-TELEFONIA CELULAR-FACTURACION DE SERVICIOS PUBLICOS-FACTURACION EXCESIVA-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-CLÁUSULAS ABUSIVAS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-TRIBUNALES ARBITRALES-EQUILIBRIO CONTRACTUAL

En el marco normativo existente es imposible de generar respuestas rápidas y útiles para dirimir todo tipo de controversias que se presentan, no solamente ligadas al consumo, al incumplimiento de los contratos, a la falta de cobertura o señal, y a las facturaciones excesivas, sino además a la insuficiente organización del Estado para dar respuesta a semejante problemática cuyas causas no vienen al caso analizar, pero que sí tenemos la certeza que ni la Subsecretaría de Defensa del Consumidor ni los tribunales arbitrales de consumo pueden resolver con eficacia esta problemática. En este contexto, la tipología del usuario cautivo pretende sustituir a usuarios y consumidores, y no existen organizaciones de consumidores preparadas para canalizar todas estas irregularidades.

En el caso puntual se analiza la circunstancia de entrar y salir del sistema, y los mecanismos de retención más frecuentes y una performance de los tribunales de consumo que se refleja en la existencia de 880 reclamos en el año 2005. La atención del caso y la resolución del conflicto es prácticamente nula y la necesidad de los usuarios del servicio de telefonía móvil es aprovechada al máximo por las prestadoras en un juego de libre mercado donde la capacidad de respuesta del Estado en la práctica ha desaparecido.

Las propias empresas prestadoras del servicio son las que generan la necesidad del usuario, internalizando en el sujeto ese modo de vida particular que lo lleva a pensar que no se puede vivir de un modo diferente y simultáneamente se le genera la sensación de que es libre, y que puede elegir, juzgar y decidir.

La ley de defensa al consumidor incorporó elementos extrajurídicos para contemplar la situación antes descrita y en ese contexto el elemento objetivo,- económico previsto en el art. 954 del C.C., (ventas

patrimoniales desproporcionadas) apunta a la gradación del beneficio económico obtenido en el negocio, como situación grosera y manifiesta, tratando de evitar que el desplazamiento económico que es previsible en el sistema no constituya una explotación, pero a diferencia del criterio impuesto por Vélez Sársfield a esa ventaja económica se le impone un límite incorporándole un sentido ético, social o de teleología social.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.954

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNDAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025418

SUMARIO

TELECOMUNICACIONES-TELEFONIA CELULAR-FACTURACION DE SERVICIOS PUBLICOS-FACTURACION EXCESIVA-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-CLÁUSULAS ABUSIVAS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-RIESGO EMPRESARIO

Señala además, la autora Graciela Lovece, "en materia de telefonía móvil los usuarios adhieren a un contrato para la prestación de un servicio que carece de posibilidades fácticas de ser brindado, invirtiendo de tal modo los términos del capitalismo clásico, pues el tradicional criterio de "riesgo empresario" queda absolutamente desvirtuado"

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNDAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025419

SUMARIO

TELECOMUNICACIONES-TELEFONIA CELULAR-FACTURACION DE SERVICIOS PUBLICOS-FACTURACION EXCESIVA-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-CLÁUSULAS ABUSIVAS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-TRIBUNALES ARBITRALES-PODER JUDICIAL-FACULTADES JURISDICCIONALES-ACCIÓN DE AMPARO

Frente a la ausencia o insuficiencia de medios del Estado para proveer resoluciones adecuadas y razonables en el tiempo, atento a la elemental organización de la Secretaría de Defensa del Consumidor y los Tribunales Administrativos del Consumo, corresponde al Poder Judicial asumir en plenitud las facultades jurisdiccionales por las vías autorizadas en la Constitución Nacional (arts. 42 y 43, CN.), y conforme el marco que autoriza la Ley Nro. 24.240 dentro del espacio del derecho común, cuando no están en juego normas federales ni facultades excepcionales que se hayan delegado por el

Congreso a los entes reguladores, ya que la regla, como lo dijo la CSJN. en el precedente "Ángel Estrada SA." es la intervención de los Tribunales de Justicia.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42 al 43, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025420

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-TELECOMUNICACIONES-TELEFONIA CELULAR-FACTURACION DE SERVICIOS PUBLICOS-FACTURACION EXCESIVA-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS DE CONSUMO-CLÁUSULAS ABUSIVAS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-TRIBUNALES ARBITRALES-CONSTITUCIÓN NACIONAL

Cuando las organizaciones administrativas del Estado resultan totalmente inadecuadas para atender esta problemática, por más que existan, como hemos visto, numerosas normas que limitan los abusos de prácticas comerciales, como las Resoluciones Nro. 53 y Nro. 26 de la Sec. de Coordinación Técnica de la Nación.

O dicho más claramente, cuando el Estado no previó ni puede alcanzar una estructura operativa para dar respuesta a un universo de millones de usuarios, la existencia de vías administrativas es simplemente una formalidad que no asegura ni la información ni el conocimiento adecuado ni respeta el tiempo y la libertad de los ciudadanos que no tienen que ser sometidos a trámites de ningún tipo ni recibir planteos litigiosos administrativos y judiciales por el simple hecho de acceder a un bien de consumo que están en el mercado.

Es decir, que la existencia de vías administrativas son formalmente inadecuadas para la finalidad que tienen que cumplir, y no guardan ninguna relación entre la capacidad de respuesta y el universo de usuarios que debe proteger. Cuando esto ocurre, estas vías deben considerarse en la práctica como inexistentes y de allí que la única acción expedita es la que provee el Poder Judicial a través de la acción de amparo y ponderando la intermediación de las organizaciones de usuarios y consumidores que de alguna manera contribuyen a morigerar los efectos de las insuficiencias orgánicas y resolutivas, como así también la de brindar soluciones aunque sean transitorias hasta tanto el Estado asuma las responsabilidades que corresponden al ideario de una sociedad más justa y donde las cláusulas de la Constitución (arts. 42 y 43, C.N.), cumplan por sí la finalidad que les otorgó el constituyente de 1994, cosa que creemos lograr con el encuadramiento y resolución que brindamos para este caso siguiendo la más destacada y especializada doctrina nacional.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42 al 43

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

Sumario nro. F0025423

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-TELECOMUNICACIONES-TELEFONIA CELULAR-FACTURACION DE SERVICIOS PUBLICOS-FACTURACION EXCESIVA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CLÁUSULAS ABUSIVAS-CONTRATOS DE CONSUMO-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CARGA DE LA PRUEBA

En cuanto al argumento, esgrimido por la requerida, en lo referente a la concesión del uso del espectro radioeléctrico y el canon —precio— que por el mismo abona, como justificativo para trasladar al usuario el costo por uso de red (independientemente de concretar la comunicación con otro sujeto), así como el dictamen de la CNT., debo remarcar la irrelevancia de los mismos para la resolución del presente amparo.

En primer lugar porque tal como lo desarrollé in extenso nos encontramos ante una relación de consumo donde el plexo normativo específico que rige es otro y surge de las Constituciones Nacional y Provincial a las que el orden infraconstitucional debe someterse. Y en segundo lugar debo remarcar que:

1.- El Pliego que la requerida invoca, en sustento de su mejor derecho y de la competencia federal, es anterior a la vigencia del artículo 124 de la Constitución Nacional, por el que se estableció el dominio originario de los recursos naturales existentes en la provincia, y además por imperio del artículo 88 de la Constitución Provincial el espectro de frecuencia es un recurso natural de dominio público provincial.

2.-Aún así, y resultando ajeno a la discusión de autos tal extremo, si la accionada considera que solo lo dispuesto en el Pliego de Bases y Condiciones es la ley aplicable, dicho concepto es incompleto porque no es la única norma que rige entre las partes, máxime conforme la jurisprudencia que se cita de la CSJN., la relación entre prestador y usuario tiene su propio reglamento en la Ley Nro. 24.240 y normas concordantes y la interpretación restrictiva de los privilegios.

Por ello la sola invocación del precio que por el uso del espectro radioeléctrico debe abonar y la facultad contractual de fijar la tarifa, son suficientes para mantener la situación denunciada como abusiva, corresponde a ella la carga de la prueba, que demuestre de qué manera tal situación incide en la tarifa para tener que trasladar dicho costo al usuario y cómo ello resulta una trato equitativo y equilibrado de la relación, más aún teniendo en cuenta que otras empresas prestadores del servicio de telefonía móvil no lo trasladan.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.124, Ley 24.240, CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. Art.88

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025424

SUMARIO

TELECOMUNICACIONES-TELEFONIA CELULAR-PUBLICIDAD-DEBER DE INFORMACIÓN-
CONTRATOS DE CONSUMO-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CONTRATOS CONEXOS-EQUILIBRIO
CONTRACTUAL-BUENA FE-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-ACCIÓN DE AMPARO

Quien es atrapado por la publicidad masiva y prolífica de las distintas ofertas del servicio de telefonía móvil, por todos los medios, difícilmente se encuentre debidamente informado sobre el servicio telefónico que desea contratar, pues son tantos los “paquetes” de productos y servicios —utilizando la terminología de Lorenzetti— que se direccionan más a los contratos conexos —como la compra del soporte — que a las características específicas del servicio que se contrata.

Al respecto he tomado conocimiento privado de la numerosa publicidad en especial gráfica desde la fecha de presentación del amparo hasta el momento de elaborar este voto, y tal extremo resulta un hecho notorio, es decir un hecho generalizadamente percibido de tal manera que cualquier hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse convencido de su existencia.

Es precisamente esta oferta masiva e indiscriminada la que pone en evidencia la desprotección del hombre común —consumidor o usuario— ajeno a tanto tecnicismo y que elige en base a la confianza y a la buena fe. Estas relaciones son precisamente las que se intentaron regular y equilibrar con la reforma constitucional; así en el despacho de la Convención Constituyente, cuando se trató el artículo 42 de la CN., ya se advirtió a los consumidores y usuarios, como los nuevos débiles en el mundo de las relaciones contractuales contemporáneas y se remarcó la necesidad de que el Estado asumiera una posición tutelar en pro de los consumidores para romper la debilidad estructural que padecen, en particular por encontrarse sujetos a contratos de adhesión a los que se ven obligados a someterse.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNDAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. J0033732

SUMARIO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:REQUISITOS PROPIOS-CUESTION NO
CONSTITUCIONAL-RELACION DE CONSUMO-ENTES REGULADORES PROVINCIALES DE
SERVICIOS PUBLICOS-SERVICIOS SANITARIOS-PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Es inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad al no persuadir la recurrente del supuesto dogmatismo en que habría incurrido el judicante al señalar que en nuestra Provincia no se han articulado remedios especiales para la cuestión planteada -obviando la consideración de los mecanismos rápidos y organismos específicos establecidos por la ley 11220 y normas dictadas en su consecuencia.

Ello por cuanto se advierte que la misma extrae de contexto la declaración del Tribunal. Nótese que éste, refiriéndose a la relación de consumo “en general”, enunció que para tales casos se propician medios procesales especiales que la Constitución Nacional manda establecer (art. 42, párrafo 3), y que en nuestra Provincia no se han articulado.

No obstante, analizando el caso concreto, se expidió acerca de la postura de la apelante —quien había invocado la posibilidad de utilizar vías ordinarias o el procedimiento administrativo del artículo 114 de la ley 11220—, y sostuvo —concita de este último artículo— que la vía recursiva ante el Ente Regulador de Servicios Sanitarios no era requisito previo a la demanda judicial a los prestadores.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, LEY 11.220 Art.114

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SANTA FE, SANTA FE

(FALISTOCCO (CON AMPLIACION DE FUNDAMENTOS) - GASTALDI (CON AMPLIACION DE FUNDAMENTOS) - NETRI - SPULER)

ZALAZAR, HILDA ISABEL Y OTROS c/ AGUAS PROVINCIALES DE SANTA FE s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD- RECURSO DE AMPARO (EXPTE.: C.S.J. NRO. 603 AÑO 2001)

SENTENCIA del 7 DE SETIEMBRE DE 2005

Sumario nro. A0068003

SUMARIO

SERVICIO PÚBLICO-CONCESION DE SERVICIO PÚBLICO-DERECHOS DEL USUARIO-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CONTRATOS DE CONSUMO

El vínculo que une al que contrata o usa el servicio y el concesionario de la misma, es una relación de consumo. Quien paga el peaje o su acompañante, son consumidores en la medida que reúnan los requisitos de los arts. 1 y 2 de la ley 24.240. Por otra parte, las concesiones viales conforman un servicio público al que le son aplicables las normas de dicha ley, y la fuente de esta relación jurídica es claramente diferente del vínculo que une a la concesionaria con el Estado (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Highton de Nolasco, Zaffaroni, Lorenzetti. Mayoría: Maqueda, Argibay. Disidencia: Petracchi, Fayt.)

Ferreya, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios.

SENTENCIA, 1116XXXI del 21 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. A0068004

SUMARIO

CONSTITUCIÓN NACIONAL-DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CONTRATOS DE CONSUMO

Una vez calificada la existencia de una relación de consumo, surge un deber de seguridad de fuente constitucional (art. 42, de la Constitución Nacional) y legal (art. 5 ley 24.449; ley 24.240) (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, Ley 24.449 Art.5

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Highton de Nolasco, Zaffaroni, Lorenzetti. Mayoría: Maqueda, Argibay. Disidencia: Petracchi, Fayt.)

VII | Contratos de adhesión

Sumario nro. A0079507

TEMA

PRENDA CON REGISTRO-CONTRATOS DE ADHESION-SECUESTRO DE BIENES-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-DEFENSA EN JUICIO-EJECUCION PRENDARIA

TEXTO

Corresponde tener por no convenidas las cláusula instrumentada mediante un contrato de adhesión, por medio de un texto conformado por cláusulas propuestas por el acreedor que autorizaba el trámite del secuestro prendario sin dar previamente audiencia al deudor toda vez que bajo la perspectiva de protección especial del consumidor que tanto la Constitución Nacional como el sistema normativo del consumidor - artículo 37, inciso b, de la ley 24.240 - otorgan al usuario. -Los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, en disidencia, consideraron que el recurso no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL (Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti) Recurso de hecho deducido por la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la causa HSBC Bank Argentina S.A. c/ Martínez, Ramón Vicente s/ secuestro prendario SENTENCIA del 11 DE JUNIO DE 2019

Sumario nro. A0079508

TEMA

PRENDA CON REGISTRO-CONTRATOS DE ADHESION-SECUESTRO DE BIENES-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-DEFENSA EN JUICIO-EJECUCION PRENDARIA

TEXTO

esulta arbitraria la sentencia que se limita a mencionar que el sistema especial que habilita el secuestro prendario tuvo origen en una convención celebrada entre las partes y que, por ello, despejaba cualquier violación al derecho de defensa del consumidor, pues tal afirmación carece de fundamento o -si lo tiene- resulta solo aparente, si se repara en que además de tratarse de un contrato de adhesión, las disposiciones de la ley de defensa del consumidor debieron ser integradas en el análisis efectuado por la alzada en la inteligencia de que, ante la duda respecto a la forma en que debían ser articuladas con las normas prendarias debería primar la más favorable para el consumidor, como expresión del favor debilis (artículo 3° de la ley 24.240), por lo que se debió analizar y considerar la aplicación - bajo la perspectiva de protección especial del consumidor que tanto la Constitución Nacional como el sistema normativo del consumidor otorgan al usuario - de la regla prevista en el artículo 37, inciso b, de la ley 24.240, en tanto permite tener por no convenidas las cláusulas ".que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte". -Los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, en disidencia, consideraron que el recurso no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la causa
HSBC Bank Argentina S.A. c/ Martínez, Ramón Vicente s/ secuestro prendario
SENTENCIA del 11 DE JUNIO DE 2019

Sumario nro. A0079522

TEMA

PRENDA CON REGISTRO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DEFENSA EN JUICIO-EJECUCION
PRENDARIA

TEXTO

Corresponde tener por no convenidas las cláusula instrumentada mediante un contrato de adhesión, por medio de un texto conformado por cláusulas propuestas por el acreedor que autorizaba el trámite del secuestro prendario sin dar previamente audiencia al deudor toda vez que bajo la perspectiva de protección especial del consumidor que tanto la Constitución Nacional como el sistema normativo del consumidor - artículo 37, inciso b, de la ley 24.240 - otorgan al usuario. -Los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, en disidencia, consideraron que el recurso no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.37

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Elena I. Highton de Nolasco - Horacio Rosati - Juan Carlos Maqueda - Ricardo Luis Lorenzetti - Carlos F. Rosenkrantz
(en disidencia))
HSBC Bank Argentina S.A. c/ Martínez, Ramón Vicente s/ secuestro prendario
SENTENCIA del 11 DE JUNIO DE 2019

Sumario nro. A0079523

TEMA

PRENDA CON REGISTRO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DEFENSA EN JUICIO-EJECUCION
PRENDARIA

TEXTO

Resulta arbitraria la sentencia que se limita a mencionar que el sistema especial que habilita el secuestro prendario tuvo origen en una convención celebrada entre las partes y que, por ello, despejaba cualquier violación al derecho de defensa del consumidor, pues tal afirmación carece de fundamento o -si lo tiene- resulta solo aparente, si se repara en que además de tratarse de un contrato de adhesión, las disposiciones de la ley de defensa del consumidor debieron ser integradas en el análisis efectuado por la alzada en la inteligencia de que, ante la duda respecto a la forma en que debían ser articuladas con las normas prendarias debería primar la más favorable para el consumidor, como expresión del favor debilis (artículo 3° de la ley 24.240), por lo que se debió analizar y considerar la aplicación - bajo la perspectiva de protección especial del consumidor que tanto la Constitución Nacional como el sistema normativo del consumidor otorgan al usuario - de la regla prevista en el artículo 37, inciso b, de la ley 24.240, en tanto permite tener por no convenidas las cláusulas ".que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte". -Los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, en disidencia, consideraron que el recurso no se dirigía contra una sentencia definitiva o equiparable a tal-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.37

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Elena I. Highton de Nolasco - Horacio Rosati - Juan Carlos Maqueda - Ricardo Luis Lorenzetti - Carlos F. Rosenkrantz
(en disidencia))
HSBC Bank Argentina S.A. c/ Martínez, Ramón Vicente s/ secuestro prendario
SENTENCIA del 11 DE JUNIO DE 2019

Identificación SAIJ : A0075697

TEMA

PROTECCION DEL CONSUMIDOR-LEGITIMACION PROCESAL-ASOCIACIONES DE
CONSUMIDORES-CONTRATOS DE ADHESION-MEDICINA PREPAGA

Cabe dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la excepción opuesta por la demandada y consideró que la asociación actora no estaba legitimada para demandar a la empresa de medicina prepaga con el objeto de que se declarara la ineficacia de determinadas cláusulas del contrato de adhesión que aquella suscribe con sus afiliados y que la habilitan a aumentar el valor de las cuotas mensuales que éstos abonan, pues la legitimación activa de la entidad surge directamente del art. 55 de la ley 24.240, más allá del régimen constitucional de la acción de amparo en relación con este tipo de derechos, para promover el dictado de una sentencia con efectos sobre todo un grupo de personas que no son parte en el juicio, conclusión que no implica abrir juicio sobre el fondo del asunto. -Voto de la jueza Carmen M. Argibay-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.55

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
FEDERAL
(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA, ZAFFARONI. Voto:
PETRACCHI, ARGIBAY)
PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales
SENTENCIA del 21 DE AGOSTO DE 2013
Nro.Fallo: 13000127

Identificación SAIJ : A0075695

TEMA

PROTECCION DEL CONSUMIDOR-LEGITIMACION PROCESAL-ASOCIACIONES DE
CONSUMIDORES-CONTRATOS DE ADHESION-MEDICINA PREPAGA-INTERESES COLECTIVOS
Cabe dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la excepción opuesta por la demandada y consideró que la asociación actora no estaba legitimada para demandar a la empresa de medicina prepaga con el objeto de que se declarara la ineficacia de determinadas cláusulas del contrato de adhesión que aquella suscribe con sus afiliados y que la habilitan a aumentar el valor de las cuotas mensuales que éstos abonan, dado que dicha asociación tiene entre sus propósitos la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios tutelados por el art. 42 de la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional y la defensa de aquéllos cuando sus intereses resulten afectados y/o amenazados, mediante la interposición de acciones administrativas y judiciales y la petición a las autoridades ya sea en representación grupal, colectiva o general, por lo que no se advierten óbices para que deduzca, en los términos del párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución Nacional, una acción colectiva, sin que

obste a ello a circunstancia de que se haya demandado por la vía de un proceso ordinario, pues el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42 al 43

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA, ZAFFARONI. Voto: PETRACCHI, ARGIBAY)

PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales

SENTENCIA del 21 DE AGOSTO DE 2013

Nro.Fallo: 13000127

Identificación SAIJ : A0075694

TEMA

PROTECCION DEL CONSUMIDOR-LEGITIMACION PROCESAL-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA-CONTRATOS DE ADHESION-MEDICINA PREPAGA

Cabe dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la excepción opuesto por la demandada y consideró que la asociación actora no estaba legitimada para demandar a la empresa de medicina prepaga con el objeto de que se declarara la ineficacia de determinadas cláusulas del contrato de adhesión que aquella suscribe con sus afiliados y que la habilitan a aumentar el valor de las cuotas mensuales que éstos abonan, pues el derecho cuya protección procura la actora es de incidencia colectiva, referente a intereses individuales homogéneos y se encuentran cumplidos los recaudos para hacer valer una acción colectiva en los términos del precedente "Halabi" (Fallos:332:111) y de no reconocérsele legitimación procesal se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, ya que no aparece justificado que cada uno de los afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA, ZAFFARONI. Voto: PETRACCHI, ARGIBAY)

PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales

SENTENCIA del 21 DE AGOSTO DE 2013

Nro.Fallo: 13000127

Identificación SAIJ : A0075696

TEMA

PROTECCION DEL CONSUMIDOR-LEGITIMACION PROCESAL-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-CONTRATOS DE ADHESION-MEDICINA PREPAGA-INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION

Cabe dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la excepción opuesto

por la demandada y consideró que la asociación actora no estaba legitimada para demandar a la empresa de medicina prepaga con el objeto de que se declarara la ineficacia de determinadas cláusulas del contrato de adhesión que aquélla suscribe con sus afiliados y que la habilitan a aumentar el valor de las cuotas mensuales que éstos abonan, pues de la lectura de las normas constitucionales en cuestión se desprende que la interpretación que el tribunal a quo hizo de ellas, podría conducir a vaciar de contenido la protección que el art. 43 de la Constitución Nacional otorgó a los consumidores, al legitimar a las asociaciones para la defensa de sus derechos, y la Cámara no tuvo en cuenta que la diversidad en materia de intereses económicos es una característica que necesariamente se da entre los consumidores de cualquier producto o servicio, omitiendo considerar que toda afectación de los intereses del grupo repercutirá de manera distinta en sus integrantes, de acuerdo con la situación económica individual de cada uno de ellos. -Voto del juez Enrique S. Petracchi-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.43

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA, ZAFFARONI. Voto: PETRACCHI, ARGIBAY)

PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales

SENTENCIA del 21 DE AGOSTO DE 2013

Nro.Fallo: 13000127

.....
Identificación SAIJ: H0000652

SUMARIO

SEGURO COLECTIVO-PORCENTAJE DE INCAPACIDAD-INCAPACIDAD TOTAL-EXCLUSION DE LA COBERTURA-INCAPACIDAD PARCIAL-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CLÁUSULAS DUDOSAS: INTERPRETACIÓN-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PRINCIPIO DE BUENA FE

Conforme surge de la pericia, no cuestionada a esta altura por las partes, la incapacidad de la accionante arroja un porcentaje total del 68%, conteniendo en él una porción atribuida al síndrome depresivo que sufre aquélla. ...]

El porcentual de incapacidad de la actora resulta suficiente para la obtención del seguro comprometido. La cuestión ...], versa sobre la procedencia o improcedencia de ello, dado que la actora presenta un componente que cubre parcialmente el porcentual de incapacidad, consistente en un síndrome depresivo.

No se encuentra discutido que, conforme la pericia de autos, la patología cardio-vascular, que ya sufría la actora desde hacía cuatro o cinco años, incidía, disminuyendo un 40% su capacidad total; el síndrome depresivo, de más de una década, lo hacía en un 20%, y en un 8%, la espondiloartrosis, que data de hace dos décadas.

Puede observarse con toda claridad que las dos afecciones no-psiquiátricas superan a la restante en una proporción de 2,4 veces. La incidencia de ésta es en el total, a todas luces, secundaria.

Con esas particulares circunstancias cabe entender imprecisa la disposición contractual de la exclusión, sin aclaración alguna para el caso que la patología psiquiátrica o psicológica incida no decisivamente en la invalidez de la interesada.

En tales condiciones de imprecisión, la lectura del caso, conforme las pautas tuitivas a tener en cuenta, más aun cuando —como se dijo— se trata de una redacción contractual preconstituida, sin ingerencia alguna del beneficiario, que no aborda la posibilidad de la co-incidencia de ella con otras causas de invalidez, aparece de escasa razonabilidad la restricción sobre la cual yergue la accionada su defensa.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN
Sala 01 (Enrique R. Videla Sánchez Lorenzo W. García)
Pérez, María Esther. c/ La Caja de Seguros S.A. s/ Cobro de seguro por incapacidad.
SENTENCIA, 319136/5 del 17 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: J0035589

SUMARIO

RECURSO EXTRAORDINARIO-INADMISIBILIDAD DEL RECURSO-SENTENCIA-FUNDAMENTACION DE SENTENCIAS-LOCACION DE OBRA-CONTRATOS DE ADHESIÓN-INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Corresponde denegar la concesión del recurso extraordinario atento a que los planteos se reducen a mera disconformidad con los fundamentos expuestos por esta Corte en la sentencia atacada al considerar que el pronunciamiento de la Cámara no padecía de una irremediable incongruencia interna que lo tornara incomprensible, por cuanto "...la aplicación del instituto del consumidor de manera alguna implicaba arribar al acogimiento de la pretensión...", toda vez que "...lo importante y determinante en el caso es que el Tribunal ponderó que las cláusulas que la apelante tildó de abusivas, no eran tales en el marco de una interpretación sistemática del contrato realizada en base a los parámetros proporcionados por la ley de defensa del consumidor, o por los institutos del derecho privado y del derecho civil en particular que permiten tamizar el contrato desde la óptica de la justicia y la equidad...", concluyendo que "...plantear la nulidad del contrato para obtener la restitución de todo lo aportado sin tener en cuenta que hace años se encuentra usando de la unidad, aparece como una pretensión desmedida y sin justificación..."

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SANTA FE, SANTA FE
(FALISTOCCO - GASTALDI - GUTIERREZ - SPULER)
GONZALEZ, MIRTA ALICIA c/ BAUEN ARQUITECTURA S.R.L. Y OTROS s/ RECURSO EXTRAORDINARIO -NULIDAD DE CONTRATO- RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (EXPT.E.: C.S.J. NRO. 402 AÑO 2006)
SENTENCIA del 11 DE MARZO DE 2008

Identificación SAIJ: C0403456

SUMARIO

SEGUROS-CLÁUSULAS PREDISPUESAS-ALCANCE DE LA COBERTURA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACIÓN

1- En el contrato de seguro se genera un desequilibrio entre los contratantes porque el consumidor se adhiere mediante cláusulas predisuestas y no tiene casi posibilidad de discutirlos o renegociar aspectos particulares de la contratación. Es por eso abusivo interpretarlas como pretende la aseguradora —en el sentido que el seguro sólo cubre el riesgo por daños a cosas o personas no transportadas— si a través de ese enfoque se afectan inequitativamente los derechos del consumidor al cotejarlos tanto con los derechos como con las obligaciones de ambas partes de conformidad con lo normado por la ley 24.240 reformada por la ley 26.261.

2- Pero además, es revelador de la desinformación al contratante —falta de claridad y exactitud acerca de las características del seguro, deber impuesto por el art. 4 de la ley 24.240— que el productor de seguros le haya informado previamente que la cobertura cubría los viajes al exterior —por

la extensión automática que operaba con la normativa del MERCOSUR—, y además incluía daños y lesiones a terceros transportados, frente a la compañía de seguros que desconoce esta cobertura. De tal manera, la cláusula que excluye este tipo de riesgos es abusiva y debe interpretarse a favor de amparar un siniestro producido en esas condiciones. (Sumario N°19102 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, Ley 24.240 Art.4, LEY 26.261

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala F (GALMARINI, PEREZ PARDO, LIBERMAN.)

FERNÁNDEZ, Liliana Mónica y otros c/ BONAVERA, Walter Oscar y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.

SENTENCIA del 28 DE ABRIL DE 2009

Sumario nro. K0023255

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-TELEFONIA CELULAR-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CLÁUSULAS PREDISPUESAS-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACIÓN

El lugar donde se efectuó la venta del servicio de telefonía celular —en viaje hacia la República Oriental del Uruguay en la línea de navegación Buquebús— pudo inducir a error al desprevenido consumidor respecto de las condiciones en que se prestaría el servicio contratado, debiendo haber adoptado la empresa vendedora todos los mecanismos tendientes a informar y disipar las dudas que de la situación particular pudieran derivarse.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

Telefónica Comunicaciones Personales S.A c/ D.N.C.I. -disp. 524/01 (Expte. 607-84/98)

SENTENCIA, 19.423 del 6 DE AGOSTO DE 2002

Sumario nro. K0023240

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CLÁUSULAS PREDISPUESAS - OBLIGACIONES DEL PREDISponente-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

Los consumidores o usuarios al celebrar contratos en base a condiciones generales predispuestos se hallan protegidos por la ley 24.240 desde que no sólo establece garantías sino impone deberes al predisponente entre los cuales se encuentra el deber de información que recae sobre aquél a raíz de la desigualdad que se exhibe entre las partes (confr. Este Fuero, Sala II, “Diners Club Argentina SAC y de T. C/Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. 165/97”, del 4/11/97 y sus citas; C.S.J.N. “Frigorífico Avícola S.A. c/E.N. -Mº de E. -Secr. De Estado de Comercio Interior s/ordinario”, del 10/12/98). (Del voto del Dr. Buján, consid. V).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (Buján, Licht, Coviello.)
Diners Club Argentina SAC y T c/ DNCI -Disp. 249/01 (Expte. 64-1933/98)
SENTENCIA, 13.908 del 4 DE JULIO DE 2002

Sumario nro. K0023241

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CLÁUSULAS PREDISPUES-
TAS - OBLIGACIONES DEL PREDISPONENTE-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-FALTA DE
INFORMACIÓN

La empresa viola la ley 24.240 cuando no informa al consumidor, en el marco de la etapa preparatoria del contrato, respecto de su responsabilidad como titular de una tarjeta de crédito en caso de comprobarse una compra efectuada con tarjeta falsificada no surgiendo tampoco del contrato de adhesión suscripto cláusula alguna que regule la atribución de responsabilidades en estos supuestos, no advirtiendo al usuario respecto de los riesgos, consecuencias y/o incomodidades que dichos hechos podrían generarle, y que, de conocerlos podrían haberlo llevado a no contratar el servicio. (Del voto del Dr. Buján, consid. 7º).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (Buján, Licht, Coviello.)
Diners Club Argentina SAC y T c/ DNCI -Disp. 249/01 (Expte. 64-1933/98)
SENTENCIA, 13.908 del 4 DE JULIO DE 2002

Sumario nro. K0023254

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-TELEFONÍA CELULAR-CONTRATOS DE ADHESIÓN-
CLÁUSULAS PREDISPUES- TAS

Atento a que los contratos relacionados con la telefonía celular son de aquellos denominados de adhesión, y teniendo en cuenta la particular modalidad que adopta la formación de estos tipos de contratos, corresponde afirmar la necesidad de que sus cláusulas sean objeto de un mayor control, más allá de que fuera aprobado por la Comisión Nacional de Comunicaciones.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)
Telefónica Comunicaciones Personales S.A c/ D.N.C.I. -disp. 524/01 (Expte. 607-84/98)
SENTENCIA, 19.423 del 6 DE AGOSTO DE 2002

Sumario nro. J0030189

SUMARIO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-CUESTION CONSTITUCIONAL:IMPROCEDENCIA-CUESTION DE DERECHO COMUN-CONTRATOS DE ADHESIÓN-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

No puede prosperar el recurso interpuesto por el recurrente, si su invocación de apartamiento del derecho analizada bajo la óptica de la arbitrariedad, no supera el ámbito de la mera discrepancia interpretativa en torno a cuestiones de derecho, lo que no depara caso constitucional. Así, sus quejas vinculadas a que se le exige una aceptación incondicional de las reglas del juego, a que el juzgador debe interpretar los contratos en el contexto de todo el ordenamiento jurídico, a que se vulneró el artículo 42 de la Constitución nacional, a que al no considerarlo un consumidor el juzgador se aparta de la ley respectiva, a que la Sala habría creado dos áleas, a que —en suma— se ignoran las normas del Código Civil, de la ley 24.240 y de la Constitución, sólo reflejan su fuerte disconformidad con los distintos fundamentos brindados por la Sala al confirmar la desestimación de la responsabilidad de la demandada, aun bajo la óptica de la normativa aplicable a los contratos de adhesión. Por ello, al no lograr demostrar que los juzgadores hayan incurrido en arbitrariedad, sus cuestionamientos resultan insuficientes para lograr la revisión de lo resuelto por los jueces de la causa en ejercicio de su función jurisdiccional.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340, Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SANTA FE, SANTA FE
(VIGO-FALISTOCCO-GASTALDI-SPULER)

DELL'ELCE, DOMINGO N. c/ CAJA DE ASISTENCIA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE s/
Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad- Cobro de australes (Expte.: C.S.J. Nº. 370
Año 2002)

SENTENCIA del 23 DE ABRIL DE 2003

Sumario nro. K0023828

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR:ALCANCES;REQUISITOS-CONTRATOS DE ADHESIÓN-INTERPRETACIÓN DE LA LEY-SANCIONES ADMINISTRATIVAS: CONFIGURACIÓN

El deber de informar a los consumidores acerca de las características de las cosas o servicios que se comercializan surge del art. 42 de la C.N., y del art. 4 de la ley 24.240 —por la cual se estableció un sistema de protección al consumidor de bienes y servicios para que contrate en condiciones equitativas sin padecer abusos por parte del empresario o profesional— cuyo incumplimiento trae aparejadas las sanciones establecidas en el art. 47 del mismo texto normativo. En ese sentido, conforme surge de la exposición de motivos de la resolución cuestionada, la tipografía y demás caracteres de los textos contractuales deben propender a la fácil lectura del contrato de consumo, toda vez que resultan de suma importancia para la comprensión del contenido negocial, con el eventual perjuicio que la dificultad de su leyenda puede significar para los consumidores.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.47

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

“Banco Bansud S.A. c/ D.N.C.I. -Disp. 213/01 (Expte. 64-5930/98 yAC 64-5007/01).

SENTENCIA, 131343/02 del 18 DE NOVIEMBRE DE 2003

Sumario nro. N0010297

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-RESCISIÓN DEL CONTRATO-PLAN DE AHORRO PREVIO-CÍRCULO CERRADO-CONTRATOS DE ADHESIÓN-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

En una acción por la que el pretensor reclama de una sociedad de ahorro para fines determinados la repetición de las sumas que abono, en virtud de la resolución del contrato por incumplimiento atribuido a la defendida, cabe precisar que si en la pertinente solicitud de adhesión se estableció que el pago de cada cuota debía efectuarse en las instituciones bancarias o financieras del país o representantes autorizados por la administradora (razón por la que el pago debió verificarse mediante formulario que cada adherente recibía a tal fin) y, que la falta de recepción del instrumento no desligaba al suscriptor de pagar, pues este debía procurarse dicho formulario —puesto a su disposición por la sociedad administradora—; la sola circunstancia de que el pretensor no haya procurado la obtención de los formularios no constituye incumplimiento contractual, toda vez que era la reclamada quien debía entregar o poner a disposición de los adherentes esos formularios —lo que no hizo—.

Ello pues, la información cumple un rol vital para que el contratante tenga un adecuado conocimiento de las condiciones de contratación, el alcance de los derechos y obligaciones que asume, para evitar los riesgos económicos en la formación como en la ejecución del contrato. Es ilógico que el predisponente establezca obstáculos a su cumplimiento y endilgue la carga de sortearlos a quien posee menor especialización y poder negocial.

Fue la administradora quien al incumplir su deber de remitir los formularios omitió los medios necesarios para permitir que el suscriptor abonara la cuota en tiempo y forma. A más, la defendida debió informar veraz y concretamente las condiciones de pago; no es suficiente hacer una escueta mención a que de no emitir los formularios de pago, el adherente debía procurarse por si solo que la administradora le entregara esos instrumentos. La ley de defensa del consumidor (nº 24.240 y sus modificatorias) impone la obligación de brindar información adecuada, veraz, detallada y suficiente sobre las características de los bienes y servicios, ello determina el comportamiento que debe asumir el consumidor habida cuenta de la discapacidad negocial de los contratantes. por lo demás, la C.N.art 42 ratifica el derecho a la información. el deber de informar importa la manifestación del deber de la buena fe que debe presidir los vínculos contractuales y la confianza que deposita el consumidor en aquel mejor posicionado del que exige una conducta leal y fidedigna.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala B (PIAGGI - DIAZ CORDERO - BUTTY.)

RIGONI, GABRIEL GUSTAVO c/ CIRCULO DE INVERSORES SA DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS S/ s/ ORDINARIO.

SENTENCIA del 20 DE NOVIEMBRE DE 2002

VIII | Cláusulas leoninas

Identificación SAIJ : A0075879

TEMA

PROTECCION DEL CONSUMIDOR-MEDICINA PREPAGA-MODIFICACION DEL CONTRATO-
CLAUSULAS ABUSIVAS

Cabe confirmar la sentencia que desestimó la demanda y rechazó el pedido de la asociación actora para que se declarara la inconstitucionalidad de las

resoluciones N° 9/04 (SCT) y su modificatoria N° 175/07(SCI) que permiten - a su criterio- que el prestador del servicio de medicina prepaga pueda unilateralmente modificar las condiciones de un contrato de ejecución, aumentar el precio del servicio o rescindirlo, previa notificación al usuario con una antelación de 30 días, pues, en tanto la modificación unilateral del contrato reúna las condiciones fijadas en el Anexo I de la Res. 9/04 (SCT), el hecho de que se haya reducido el plazo en que debe ser notificado aquel cambio- de 60 días a un término no menor a los 30 días-, no se exhibe per se como una cláusula abusiva ni constituye una irrazonable restricción de los derechos que consagran los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, pues no puede predicarse en abstracto y para todo supuesto, la insuficiencia o ineptitud de aquel plazo para admitir la modificación introducida o, en su caso, ejercer la opción de rescindir el contrato.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42 al 43

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, MAQUEDA, ZAFFARONI. Voto: PETRACCHI)

Unión de Usuarios y Consumidores c/ Estado Nacional -SCI- resol. 175/07 -SCT- resol. 9/04 y otro s/ proceso de conocimiento

SENTENCIA del 1 DE OCTUBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13000160

.....

Identificación SAIJ: S0007859

SUMARIO

RECURSO DE APELACIÓN (PROCESAL) - RECURSOS PROCESALES - FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO - JUICIO EJECUTIVO - CLÁUSULAS ABUSIVAS - NULIDADES CIVILES - DOMICILIO CONSTITUIDO -PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El art. 36 de la ley 24.240 y sus modificaciones de la ley de Defensa del Consumidor, cuya aplicabilidad entiende el apelante al caso de autos, ofrece un marco de cumplimiento obligatorio para bancos, entidades financieras y otras empresas dedicadas al otorgamiento del crédito, bajo apercibimiento de considerar nulo el contrato que se celebra si no se cumple con las indicaciones que consagra la protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios; otorgándoles derecho a una información adecuada y veraz, libertad de elección y condiciones de trato digno y equitativo.

Viene al caso destacar que las disposiciones aludidas en líneas generales no implican “*per se*” su aplicación lisa y llana a todas las contrataciones efectuadas con las entidades financieras y menos, que impliquen el dejar de lado las demás disposiciones del derecho sustancial y aún procedimental atinentes a la materia de que se trate.

La intimación de pago formalizada en él, en principio no adolece de defecto alguno en cuanto a requisitos extrínsecos que debe revestir toda vez que se trata de un instrumento público que hace plena fe mientras no se declare su falsedad por acción civil o criminal, cuestiones no acontecidas en autos.

Tanto el interés como el perjuicio deben ser fehacientemente demostrados, ya que es preciso que la irregularidad haya colocado a la parte en estado de indefensión, pero no una indefensión teórica, sino

que debe concretarse con la mención expresa y precisa de las defensas que se vio privada de oponer (conf. CNCiv, sala F, 30/6/80, Gaceta de Paz del 2/10/80).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.36

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, SALTA, SALTA

Cámara Sala II Sala CIVIL Y COMERCIAL (Alfredo Ricardo Amerisse - María Cristina Montalbetti)

BANCO HIPOTECARIO S.A. c/ RODRIGUEZ, JUAN JOSE; CASTRO, CALUDIA ALICIA s/ Recurso Apelación

INTERLOCUTORIO del 15 DE MARZO DE 2011

.....
Identificación SAIJ: N0015749

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONTRATO DE TURISMO-CLÁUSULAS ABUSIVAS - ABOGADOS

Cabe admitir el reclamo de rendición de cuentas contra un agente de viajes turístico a fin de que acredite cual fue la utilización dada a fondos adelantados por el pasajero cuando, se aprecia un exceso en lo percibido, aún ante la existencia de una cláusula prevista en las condiciones generales del contrato de servicios turísticos, según la cual "...una vez comenzado el viaje, la suspensión, modificación o interrupción de servicios por parte del pasajero por razones personales de cualquier índole, no dará lugar a reclamo, reembolso o devolución alguna..." y sin que obste a ello la condición de abogado del accionante, toda vez que tal condición no lo priva de su calidad de consumidor amparado por la ley 24.240; ya que la condición de consumidor la tiene cualquier abogado cuando contrata para su consumo final o beneficio propio —ley 24.240: 1— (cfr. Farina, J., "Defensa del consumidor y del usuario", Bs. As., 2004, p.56); por lo que resulta improcedente hacer pie en el carácter de abogado del accionante para establecer en su contra un standard de apreciación riguroso en cuanto a la oponibilidad a su respecto de las cláusulas del contrato de viaje o turismo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala D (HEREDIA - DIEUZEIDE - VASSALLO.)

PLA CARDENAS, RAMON c/ ALL SEASON SRL s/ ORDINARIO.

SENTENCIA, 22667/03 del 6 DE FEBRERO DE 2008

.....
Identificación SAIJ: N0015748

SUMARIO

CONTRATO DE TURISMO-CLÁUSULAS ABUSIVAS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Cabe tener por no convenida la cláusula prevista en las condiciones generales de un contrato de servicios turísticos, según la cual "...una vez comenzado el viaje, la suspensión, modificación o interrupción de servicios por parte del pasajero por razones personales de cualquier índole, no dará lugar a reclamo, reembolso o devolución alguna..."; toda vez que, teniendo en cuenta que el contrato de viaje esta regido por lo dispuesto por la ley de defensa del consumidor", 24.240, (cfr. Lorenzetti, R., "Tratado de los contratos", Santa Fe, 2000. t. III, p. 199, nº 4; Borda, A., "El contrato celebrado con organizadores de viajes turísticos es un contrato de consumo", II 2003-b,213), la referida cláusula es

constitutiva de una renuncia o restricción a los derechos del consumidor que, en la especie, y de conformidad con la ley 24.240: 37, no puede ser admitida pues desequilibra la justicia conmutativa del contrato (cfr. Lorenzetti, R., OB. cit., t. III, pags. 206/207; del mismo autor, "Tratamiento de las cláusulas abusivas en la ley de defensa del consumidor", rdpc, n° 5, pags. 175/176; y "Principios generales de calificación de la cláusula abusiva en la ley 24.240", II 1994-c-920/921), ya que ella conduciría a establecer a favor del operador turístico un valladar apto para impedir la restitución de las sumas que hubiera recibido de parte de un pasajero, aún en el caso de que, en los hechos, no las hubiera aplicado efectivamente para el pago de los servicios de turismo contratados ni los tuviera que aplicar en el futuro por causa, precisamente, de la suspensión, modificación o interrupción del viaje decidida por aquel por motivos personales, lo cual constituiría un inaceptable enriquecimiento sin causa; además, resulta de aplicación la resolución 256, del 30.6.2000 de la secretaría de turismo de la presidencia de la nación, que preve el derecho del pasajero de desistir de los servicios contratados, aún cuando estuvieren en firme, con la consiguiente posibilidad de reembolso, pero teniendo que soportar el descuento de gastos más comisiones que correspondieran según condiciones contractuales.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.37

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala D (HEREDIA - DIEUZEIDE - VASSALLO.)

PLA CARDENAS, RAMON c/ ALL SEASON SRL s/ ORDINARIO.

SENTENCIA, 22667/03 del 6 DE FEBRERO DE 2008

Sumario nro. K0023234

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CLÁUSULAS LEONINAS-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACIÓN

La cláusula contractual viola el deber de información que pesa sobre el predisponente (art. 4 de la ley 24.240) si las modificaciones a las condiciones contractuales pueden ser realizadas sin ser comunicadas al cocontratante.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.4

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Damarco, Garzón de Conte Grand, Herrera.)

HSBC Banco Roberts S.A c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI N° 622/99

SENTENCIA, 24.787 del 25 DE OCTUBRE DE 2001

Sumario nro. K0023235

SUMARIO

RESPONSABILIDAD DEL BANCO:ALCANCES-CLAUSULA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD - CLÁUSULAS LEONINAS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Resulta abusiva la cláusula por la cual el banco no se hace responsable bajo ningún concepto de daños, robos, hurtos, accidentes, errores, mal funcionamiento del equipo o cualesquiera otra

contingencia que impidiera la normal prestación del servicio, de manera que todo perjuicio prestación del servicio, de manera que todo perjuicio resultante queda a cargo del cliente.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Damarco, Garzón de Conte Grand, Herrera.)
HSBC Banco Roberts S.A c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI N° 622/99
SENTENCIA, 24.787 del 25 DE OCTUBRE DE 2001

Sumario nro. K0023243

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CONTRATOS BANCARIOS-CLÁUSULAS LEONINAS -
OPERACIONES BANCARIAS - CAJERO AUTOMÁTICO

Es abusiva la cláusula que determina que las operaciones que el usuario puede realizar a través de la red de cajeros automáticos son aquellas que el banco determine, pudiendo éste variarlas cuantitativamente y cualitativamente en cualquier momento y quedando el banco autorizado para dejar sin efecto el servicio de cajeros automáticos sin aviso previo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.37

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Damarco, Garzón de Conte Grand, Herrera.)
HSBC Banco Roberts S.A c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI N° 622/99
SENTENCIA, 24.787 del 25 DE OCTUBRE DE 2001

Sumario nro. N0011708

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-TARJETA DE CRÉDITO-CLÁUSULAS ABUSIVAS-DERECHOS DE
LAS PARTES-OBLIGACIONES DE LAS PARTES

La doctrina primero y luego la ley de tarjeta de crédito se ocuparon de las cláusulas contractuales abusivas para evitar que la posición dominante de las entidades emisoras frente al contratante individual le provoque perjuicios innecesarios. Es por ello que los jueces deben interpretar las cláusulas del contrato de modo que su aplicación no genere un resultado disvalioso, a la buena fe, o sea irrazonable. La limitación de responsabilidad se encuentra fulminada por la ley 24.240 art.37-b, y la ley 25.065 art.14 y cc. Por ende las cláusulas contenidas en la ley de tarjeta de crédito deben integrarse en su interpretación, dispuesto por la ley 24.240, en especial en su artículo 37 (Moeremans, Daniel, "Cláusulas abusivas en materia de contrato de emisión de tarjeta de crédito", diario "La Ley" del 20 de abril de 2001, Pagina 1/5).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.37, Ley 24.240, LEY 25.065 Art.14

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(DIAZ CORDERO - PIAGGI)

SCHPAK DE SICULER, DORA Y OTRO c/ DINERS CLUB ARGENTINA SAC Y DE T s/ SUM. Y DINERS CLUB ARGENTINA SAC Y DE T C/ SCHPAK DE SICULER, DORA S/ ORD.
SENTENCIA del 23 DE AGOSTO DE 2001

Sumario nro. N0011716

SUMARIO

CONTRATOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CLÁUSULAS ABUSIVAS-OBLIGACIONES DE LAS PARTES

La cláusula general es abusiva cuando causa un desequilibrio importante entre las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, que se apreciara tomando en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato y las circunstancias que concurren en su celebración y todas las demas cláusulas. Conferir una "ventaja exagerada" que ofende a los principios fundamentales del sistema jurídico al que pertenece. La que es "excesivamente onerosa para el consumidor", considerando la naturaleza y contenido del contrato, intereses de las partes u otras circunstancias peculiares del caso. El criterio de la Ley 24.240 es aplicar estas reglas a los contratos de consumo, con independencia de si son redactados con cláusulas generales o no.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(MIGUEZ - PEIRANO - VIALE)

LIOTTA, LEONARDO FABIAN c/ COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS VISION s/ ORDINARIO. (LL 21.3.01, Fº 101.716) -

SENTENCIA del 21 DE NOVIEMBRE DE 2000

Sumario nro. N0011722

SUMARIO

CONTRATOS BANCARIOS-CLÁUSULAS ABUSIVAS-CUENTA CORRIENTE BANCARIA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONSENTIMIENTO

Más allá de cualquier criterio tradicional, la cláusula del reglamento de un banco para cuentas personales que establece que "el cliente no podrá cerrar la cuenta corriente mientras subsisten obligaciones con el banco sin cancelar..." sin fijar un límite temporal para ello, en tanto se trata de un contrato de consumo -y no simplemente de un contrato de adhesión a condiciones generales resulta abusiva en los términos del Decreto 1798/94 reglamentario de la Ley 24.240 art. 37; dado el carácter de la nulidad absoluta y parcial de la estipulación no puede ser materia de una renuncia anticipada, ni cabe considerarla subsanada por una suerte de consentimiento tácito del obligado (CCIV arts: 21, 872, 953, 1047 y 1058), ya que importan una injustificada renuncia o restricción a sus derechos, por lo que se la tendrá por no convenida, y en tanto la ilicitud radica en el exceso de la obligación accesorio, cabe reducir la tasa de interés, pues el resultado alcanzado excede la razonable expectativa de lucro.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.21, Ley 340 Art.872, Ley 340 Art.953, Ley 340 Art.1047, Ley 340 Art.1058, Ley 24.240 Art.37, Decreto Nacional 1.798/94

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(MIGUEZ - PEIRANO)
PODESTA, PEDRO MIGUEL c/ BANCO DEL BUEN AYRE SA s/ ORDINARIO
SENTENCIA del 30 DE AGOSTO DE 2000

Sumario nro. K0023232

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CONTRATOS BANCARIOS-CLAUSULA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD-CLÁUSULAS LEONINAS

Es abusiva la cláusula por la que el banco se exime de responsabilidad frente al contratante, lo cual es violatorio del art. 37, inc. a) de la ley de Defensa del Consumidor porque el hecho que la institución bancaria contrate con terceros el servicio de transporte para los fondos, no resulta ajena a su relación contractual con el consumidor, toda vez que su razón de ser tiende a cumplimentar una obligación a su cargo y por lo tanto no puede considerarse esta circunstancia como causa exculpatoria a su favor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.37

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Damarco, Garzón de Conte Grand, Herrera.)

HSBC Banco Roberts S.A c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI N° 622/99

SENTENCIA, 24.787 del 25 DE OCTUBRE DE 2001

Sumario nro. F0025381

SUMARIO

TELECOMUNICACIONES - TELEFONÍA CELULAR - FACTURACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS - FACTURACIÓN EXCESIVA - PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - CLÁUSULAS ABUSIVAS - JUICIO ORDINARIO - INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO - ACCIÓN DE AMPARO

Por tales motivos y en atención al plexo normativo citado, principalmente a las interpretaciones de reciente data por parte de la CSJN al respecto, la naturaleza jurídica de la cuestión planteada y la doctrina del STJ en cuanto al instituto del art. 43 C.P. y de la C.N., y en particular en la ley 2779, anticipamos la procedencia parcial del amparo colectivo, suspendiendo por noventa (90) días los términos y condiciones contractuales de las cláusulas por las que se impone unilateralmente a los usuarios residentes en la provincia de Río Negro: a) el pago de la tarifa desde el momento en que se acciona la tecla "SEND"; b) La instalación sin su previa autorización de los servicios de "UNIMEMO" o "MEMO FACIL", o cualquier otro contestador automático.

Y dejar al arbitrio de los amparista canalicen en ese plazo por una vía ordinaria ulterior, con mayor amplitud de debate y prueba en la consideración y el pronunciamiento en definitiva del órgano jurisdiccional competente sobre dichos aspecto de los alcances de la relación contractual, por ser "lo convencional" en principio ajeno a la acción de amparo según la propia doctrina legal del STJ, incluyendo las eventuales nulidades de cláusulas contractuales establecidas en los términos antes descriptos, que pudieran colisionar con la ley nacional Nro. 24.240, la ley provincial Nro. 2817, el art. 42 de la C.N. y el art. 30 de la C.P. y complementarias; y en este plazo de 90 días las partes deberán cumplir fielmente las demás obligaciones contractuales que las vincula.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42 al 43, Ley 24.240, CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. Art.30, CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. Art.43, LEY 2779, LEY 2817

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025382

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO: PROCEDENCIA - TELECOMUNICACIONES - TELEFONÍA CELULAR - FACTURACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS - FACTURACIÓN EXCESIVA - PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CLÁUSULAS ABUSIVAS - JUICIO ORDINARIO - INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

Hay suficiente andamiaje para receptar de modo parcial la pretensión de la amparista por un plazo dentro del cual, si se cree asistida por tales derechos, (hasta aquí y en esta acción de amparo colectivo) ejerza por la vía ordinaria otra acción, de fondo, que revise, aclare y determine en forma definitiva el tenor, contenido y alcances del vínculo contractual entre el prestador y los usuarios en orden a lo que constituye el objeto del amparo que "prima facie" tiende al restablecimiento del derecho ante un hecho lesivo que requiere de la vía excepcional y urgente, dejando para una instancia de mayor debate y prueba la determinación final de la cuestión que motiva la *litis*.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

IX | Compraventa de automotores

Sumario nro. S0011383

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Resulta procedente condenar a un fabricante de autos y a la empresa importadora a pagar una suma de dinero en concepto de daño punitivo y sustituir el vehículo por uno de igual valor o idénticas características, a raíz de los vicios de fabricación que poseía el automotor adquirido, que lo tornaba inseguro para su uso, pues la demandada no sólo incumplió el deber de información, sino que además tuvo una actitud indiferente hacia la seguridad y los intereses económicos de los consumidores por cuanto el servicio postventa de reparación del rodado no resultó ser suficiente ni adecuado a los reclamos, ya que el automotor de alta gama tuvo que ser

ingresado en quince oportunidades al taller en un lapso de dos años.

FALLOS

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE PRIMERA INSTANCIA , SALTA, SALTA

(Fernanda Diez Barrantes)

Oys Ingenieria S.R.L.; Russo Abdo, Salvador Rafael c/ F.C.A. importadora S.R.L. s/ acciones ley de defensa del consumidor

SENTENCIA del 10 DE AGOSTO DE 2021

Sumario nro. LL009373

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde confirmar la resolución que condena solidariamente al fabricante y a dos concesionarias a entregarle a la actora un nuevo vehículo o el modelo que lo reemplace con las mismas características que el que había comprado y de color a convenir y ordenar indemnizarla por privación de uso y daño moral, toda vez que conforme surge de las probanzas de la causa, el vehículo dejó de funcionar cuando se encontraba en periodo de garantía y solo contaba con 5.780 km de rodamiento.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA , SANTA ROSA, LA PAMPA

Guillermo Samuel SALAS - Laura CAGLIOLO)

Balda, Carina Zoraya c/ Volkswagen Argentina S.A. y otro s/ Sumarísimo

SENTENCIA del 12 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. LL009374

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Resulta procedente la indemnización por privación de uso y daño moral, pues las molestias -que en principio, en el ámbito de los contratos nada tienen de indemnizable- y las frustraciones ligadas a la compra de un bien de alto valor y las evidentes dificultades propias de no poder contar con ese bien mueble registrable para el normal desempeño de tareas laborales y familiares, indudablemente potencian el impacto anímico y la aflicción de la parte débil de la contratación consumerista, no encontrando motivos en los memoriales de agravios de las partes demandadas como para revertir la decisión adoptada.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA , SANTA ROSA, LA PAMPA

(Guillermo Samuel SALAS - Laura CAGLIOLO)

Balda, Carina Zoraya c/ Volkswagen Argentina S.A. y otro s/ Sumarísimo

SENTENCIA del 12 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. R0022528

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DAÑO MORAL-PLAN DE AHORRO PREVIO

TEXTO

Los hechos en que incurriera el comerciante del plan de ahorro para acceder a un automotor al predisponer cláusulas abusivas, al realizar una publicidad engañosa que indujo a celebrar el contrato, la rescisión del plan de ahorro que detentaba, como asimismo todas las circunstancias que

colocaron a la adjudicataria del plan en la necesidad de efectuar reiterados reclamos, tanto en sede administrativa como judicial, tendiente al reconocimiento de sus derechos, permite concluir que el daño moral se encuentra acreditado per se.

FALLOS

CAMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COM. Y CONTENC. ADM. 2da. NOM. , RIO CUARTO, CORDOBA
(José María Herrán-Carlos A. Lescano Zurro)
Conti, Adriana Stella Maris c/ Agro Alcanzar S.R.L. s/ abreviado
SENTENCIA del 26 DE FEBRERO DE 2020

Sumario nro. J0990866

TEMA

MEDIDAS CAUTELARES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PLAN DE AHORRO PREVIO

TEXTO

Corresponde ordenar a una empresa automotriz readecuar el monto de la cuota de un plan de ahorro de un auto 0 km, en virtud de la denuncia de un comprador que en menos de tres años vio quintuplicar el monto, pues si bien el vínculo jurídico de las partes emerge de un contrato lícito, los aumentos producidos en el valor del bien y en las cuotas correspondientes se constituyen en condiciones sobrevinientes y no previstas por el consumidor que aun siendo cuidadoso y bien informado difícilmente hubiera podido prever el aumento del bien en cuestión, por esta razón resulta necesario que el esfuerzo realizado por ambas partes sea compartido en función de un parámetro conocido por ambos contratantes, debiendo actualizar las cuotas aplicando el índice de Relevamiento de Expectativas de Mercado (REM) publicado por el Banco Central de la República Argentina, el cual se relaciona con la confianza del consumidor en la evolución de las variables económicas.

FALLOS

TRIBUNAL DE CONDUCTA , SANTA FE, SANTA FE
Sala A (CARBONE - ALVAREZ - BARRAGUIRRE)
Actuación de Oficio del Tribunal de Conducta
SENTENCIA del 28 DE SETIEMBRE DE 2006

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL DE 6ta NOMINACION , ROSARIO, SANTA FE
(GARCIA)
Muriado, Juan Gabriel c/ Francisco Pesado Castro S.A. y ot. s/ demanda de derecho de consumo
SENTENCIA del 5 DE FEBRERO DE 2020

Identificación SAIJ : N0019117

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONSUMIDORES

El carácter de consumidor final, que se define por el destino de la adquisición, no atiende al elemento subjetivo del motivo personal que movió al individuo a consumir, sino objetivamente a la confrontación del destino del bien o servicio adquirido -también objetivamente considerado conforme su utilidad reconocida- con el área de actividad del pretendido consumidor. De este modo, si el bien o servicio adquirido está fuera de dicha área de actividad, debe presumirse que se trata de un acto de consumo, lo que no ocurre si se advierte que se está dentro de dicha área, por quedar excedida -en este último supuesto- la noción de "destinatario final".

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL
Sala B (Matilde E. Ballerini - María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero)

Milgron, Nicolás Martín c/ General Motors de Argentina S.R.L. s/ ordinario
SENTENCIA del 30 DE OCTUBRE DE 2015
Nro.Fallo: 15130005

Identificación SAIJ : N0019116

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-COMPRVENTA DE AUTOMOTORES

Resulta inaplicable el régimen de defensa del consumidor al pretense comprador de 42 automotores , dado que resulta cuanto menos dudoso que quien desee adquirir es cantidad de vehículos -incluso en el supuesto en que intente aprovechar un precio hipotéticamente promocional- revista el carácter de consumidor final y si bien el actor expuso que la adquisición de 42 unidades tenía por fin cumplir su "sueño de poseer varios autos", el carácter de consumidor final no atiende al elemento subjetivo del motivo personal que movió al individuo a consumir.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL

Sala B (Matilde E. Ballerini - María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero)
Milgron, Nicolás Martín c/ General Motors de Argentina S.R.L. s/ ordinario
SENTENCIA del 30 DE OCTUBRE DE 2015
Nro.Fallo: 15130005

Identificación SAIJ : R0021961

TEMA

RESOLUCION DEL CONTRATO-DERECOS DEL CONSUMIDOR-COMPRVENTA DE AUTOMOTORES-
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Estando acreditadas las fallas en el vehículo 0 km que adquirió el accionante - detiene su marcha -, la concesionaria demandada debe sustituir la unidad por otra de idénticas características y año, o en su defecto por una de mejores prestaciones, cuyo modelo sea del año del cumplimiento de la sentencia, es que, aun cuando la condena contenga variaciones favorables al consumidor, debe ser asumida por la demandada, sin que pueda argüirse la existencia de enriquecimiento sin causa.

FALLOS

CAMARA 4ta DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA
(Bustos Argañarás - Fernández - González De La Vega de Opl)

Defilippo, Darío Eduardo y Otro c/ Parra Automotores S.A. y Otro s/ Abreviado -
Cumplimiento/Resolución de contrato - Recurso de apelación - Expte. N° 2168020/36
SENTENCIA del 1 DE JULIO DE 2014
Nro.Fallo: 14160021

Identificación SAIJ : R0021960

TEMA

RESOLUCION DEL CONTRATO-DERECOS DEL CONSUMIDOR-COMPRVENTA DE AUTOMOTORES
Corresponde admitir la demanda por resolución de contrato interpuesta por una persona que adquirió un automotor 0 km en el año 2010 y ordenar a la concesionaria demandada sustituir la unidad vendida por una de iguales condiciones, es decir 0km, del mismo modelo y año, o en su defecto

entregarle un modelo del año del cumplimiento de la sentencia de iguales o superiores prestaciones, habida cuenta que, el vicio denunciado en el automotor está presente y tiene incidencia en el uso normal y ordinario del automóvil - detiene su marcha -, y no es posible afirmar que aunque tardía, la reparación haya satisfactoria, máxime cuando frente a la atribución de responsabilidad objetiva la demandada debió acreditar la intervención de un factor extraño, que quiebre el nexos causal art. 40 ley 24.240.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.40

FALLOS

CAMARA 4ta DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA
(Bustos Argañarás - Fernández - González De La Vega de Opl)

Defilippo, Darío Eduardo y Otro c/ Parra Automotores S.A. y Otro s/ Abreviado -
Cumplimiento/Resolución de contrato - Recurso de apelación - Expte. N° 2168020/36
SENTENCIA del 1 DE JULIO DE 2014
Nro.Fallo: 14160021

Identificación SAIJ : R0021962

TEMA

RESOLUCION DEL CONTRATO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-COMPRVENTA DE AUTOMOTORES-
DAÑO MORAL

La doctrina apunta como presupuestos del daño moral que sea cierto, personal del accionante, y derivar de la lesión a un interés suyo no ilegítimo y que el reclamante se vea legitimado sustancialmente. En lo que atañe a lo primero, el daño moral debe ser cierto y no meramente conjetural, el que no es indemnizable; lo cual significa que debe mediar certidumbre en cuanto a su existencia misma. Sin embargo, esta exigencia de certeza del daño debe ser adaptada al supuesto del daño moral posible en el sector del derecho del consumidor, dado que no se trata de un daño que pueda ser probado en base a pautas objetivas y materialmente verificables de acuerdo a las circunstancias del caso. (Del voto de la Dra. González de la Vega)

FALLOS

CAMARA 4ta DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA
(Bustos Argañarás - Fernández - González De La Vega de Opl)

Defilippo, Darío Eduardo y Otro c/ Parra Automotores S.A. y Otro s/ Abreviado -
Cumplimiento/Resolución de contrato - Recurso de apelación - Expte. N° 2168020/36
SENTENCIA del 1 DE JULIO DE 2014
Nro.Fallo: 14160021

Identificación SAIJ : R0021960

TEMA

RESOLUCION DEL CONTRATO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-COMPRVENTA DE AUTOMOTORES
Corresponde admitir la demanda por resolución de contrato interpuesta por una persona que adquirió un automotor 0 km en el año 2010 y ordenar a la concesionaria demandada sustituir la unidad vendida por una de iguales condiciones, es decir 0km, del mismo modelo y año, o en su defecto entregarle un modelo del año del cumplimiento de la sentencia de iguales o superiores prestaciones, habida cuenta que, el vicio denunciado en el automotor está presente y tiene incidencia en el uso normal y ordinario del automóvil - detiene su marcha -, y no es posible afirmar que aunque tardía, la reparación haya satisfactoria, máxime cuando frente a la atribución de

responsabilidad objetiva la demandada debió acreditar la intervención de un factor extraño, que quiebre el nexo causal art. 40 ley 24.240.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.40

FALLOS

CAMARA 4ta DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA
(Bustos Argañarás - Fernández - González De La Vega de Opl)
Defilippo, Darío Eduardo y Otro c/ Parra Automotores S.A. y Otro s/ Abreviado -
Cumplimiento/Resolución de contrato - Recurso de apelación - Expte. N° 2168020/36
SENTENCIA del 1 DE JULIO DE 2014
Nro.Fallo: 14160021

Identificación SAIJ : R0021962

TEMA

RESOLUCION DEL CONTRATO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-COMPRAVENTA DE AUTOMOTORES-DAÑO MORAL

La doctrina apunta como presupuestos del daño moral que sea cierto, personal del accionante, y derivar de la lesión a un interés suyo no ilegítimo y que el reclamante se vea legitimado sustancialmente. En lo que atañe a lo primero, el daño moral debe ser cierto y no meramente conjetural, el que no es indemnizable; lo cual significa que debe mediar certidumbre en cuanto a su existencia misma. Sin embargo, esta exigencia de certeza del daño debe ser adaptada al supuesto del daño moral posible en el sector del derecho del consumidor, dado que no se trata de un daño que pueda ser probado en base a pautas objetivas y materialmente verificables de acuerdo a las circunstancias del caso. (Del voto de la Dra. González de la Vega)

FALLOS

CAMARA 4ta DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA
(Bustos Argañarás - Fernández - González De La Vega de Opl)
Defilippo, Darío Eduardo y Otro c/ Parra Automotores S.A. y Otro s/ Abreviado -
Cumplimiento/Resolución de contrato - Recurso de apelación - Expte. N° 2168020/36
SENTENCIA del 1 DE JULIO DE 2014
Nro.Fallo: 14160021

Identificación SAIJ : R0021961

TEMA

RESOLUCION DEL CONTRATO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-COMPRAVENTA DE AUTOMOTORES-ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Estando acreditadas las fallas en el vehículo 0 km que adquirió el accionante - detiene su marcha -, la concesionaria demandada debe sustituir la unidad por otra de idénticas características y año, o en su defecto por una de mejores prestaciones, cuyo modelo sea del año del cumplimiento de la sentencia, es que, aun cuando la condena contenga variaciones favorables al consumidor, debe ser asumida por la demandada, sin que pueda argüirse la existencia de enriquecimiento sin causa.

FALLOS

CAMARA 4ta DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA

(Bustos Argañarás - Fernández - González De La Vega de Opl)
Defilippo, Darío Eduardo y Otro c/ Parra Automotores S.A. y Otro s/ Abreviado -
Cumplimiento/Resolución de contrato - Recurso de apelación - Expte. N° 2168020/36
SENTENCIA del 1 DE JULIO DE 2014
Nro.Fallo: 14160021

Identificación SAIJ : R0021612

TEMA

COMPRAVENTA-RESOLUCION CONTRACTUAL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR
Corresponde admitir la resolución contractual de la compraventa de una motocicleta peticionada por el comprador ante la falta de entrega del bien, en tanto este último logró demostrar la existencia del contrato, el abono de la totalidad de las cuotas pactadas, y de una diferencia dineraria por el cambio de modelo.

FALLOS

CAMARA 6ta DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA
(ZARZA - SIMES - PALACIO DE CAEIRO)

Peralta, José Ariel c/ Moto 10 y otros s/ abreviado - cumplimiento/resolución de contrato -
recurso de apelación

SENTENCIA del 5 DE NOVIEMBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13160187

.....

Identificación SAIJ : W0002056

SUMARIO

AMPARO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-COMPRAVENTA DE AUTOMOTORES-NOVACION-SEÑA
Es improcedente la acción mediante la cual el comprador de un automotor 0 km, ante la falta de entrega del vehículo pactado, persigue la resolución del contrato y devolución del dinero entregado en concepto de seña, puesto que la celebración de una segunda operatoria comercial entre las partes mediante la cual la concesionaria, además del dinero entregado, adquirió del actor un automóvil usado y como contraprestación asumió la obligación de entregar un vehículo 0 km distinto del convenido en la primera operación, importó una novación que produce la extinción de la obligación anterior y el nacimiento de una nueva. En virtud de ello, sólo resulta procedente condenar al demandado al reintegro de la diferencia entre la suma abonada y el precio de venta del vehículo efectivamente entregado, lo cual generó un crédito a favor del comprador.

DATOS DEL FALLO

CAMARA EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SAN SALVADOR DE JUJUY, JUJUY

Sala 01 (Dr. Víctor Eduardo Farfán; Dra. María Rosa Caballero de Aguiar y Dra. María Virginia Paganini de Frías)

Aleman, Gabriel Arnaldo c/ Flores, Conrado Emilio s/ Amparo: sumarísimo por ley 24240

SENTENCIA del 13 DE SETIEMBRE DE 2012

Nro.Fallo: 12200027

SUMARIO

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL-PLAN DE AHORRO PREVIO-COMPRVENTA DE AUTOMOTORES-FALTA DE ENTREGA DEL AUTOMOTOR-RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRADORA DEL PLAN-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE

1 - Resulta procedente la demanda incoada contra una administradora de planes de ahorro para fines determinados y una fabricante automotriz, ante el incumplimiento del plan de ahorro suscripto por el actor, por el cual éste abonó 86 cuotas cuando el plan del era de 84, y pese a lo cual el vehículo no le fue entregado. Ello así, pues de los registros del administrador se corrobora que luego de finalizado el plan suscripto por el accionante, este codemandado continuó exigiéndole la integración de cuotas no previstas contractualmente. Y por otro lado, del cotejo de la prueba colectada no se verifica, notificación fehaciente de las adjudicaciones al actor. 2 - Probada la suscripción y pago de las cuotas del plan de ahorro para la adquisición del rodado, resulta improponible la defensa ensayada por la administradora, quien procurando evadir su responsabilidad alega que “si el actor no recibió el vehículo, fue en mérito a su única y exclusiva responsabilidad, por cuanto a pesar de encontrarse debidamente notificado de las adjudicaciones, ninguna gestión efectuó a fin de cumplir con los requisitos establecidos. .para la entrega del bien.”. Ello así, pues no hace falta argumentar que, en este tipo de contratos resulta ilógico que el predisponente —quien determina la forma y extensión de las obligaciones de las partes— establezca obstáculos a su cumplimiento y traslade la carga de sortearlos a quien posee menor especialización y poder negocial. 3 - Tratándose de un contrato de ahorro previo y existiendo una normativa específica aplicable al caso, resulta innecesario acudir a lo dispuesto por la Ley 24.240. Por lo tanto, resulta aplicable la Resolución 8/82 de la Inspección General de Justicia (“Sistemas de ahorro previo para fines determinados.”) que en su art. 1 establece que “las sociedades administradoras de planes de ahorro para fines determinados deben cuidar de la debida promoción y celebración de los contratos que constituyen su objeto, así —como de su correcta y leal ejecución hasta la entrega del bien y liquidación final—; su responsabilidad se extiende a las consecuencias de los actos de los concesionarios y agentes de los fabricantes e importadores de los bienes a adjudicar, en cuanto se refieran al sistema en cualquiera de sus aspectos.”. En tal sentido, es de toda obviedad que ninguno de los dos codemandados (administradora y fabricante) puede desligarse del otro al momento de responder frente al actor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(Piaggi - Díaz Cordero - Ballerini.)

SANABRIA, EDUARDO RICARDO c/ CIRCULO DE INVERSORES SA P/FDETERMINADOS Y OTRO S/ s/ ORDINARIO.

SENTENCIA, 21635/07 del 28 DE FEBRERO DE 2011

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-COMPRVENTA DE AUTOMOTORES-RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO (COMERCIAL)

El fabricante comercializa por intermedio de los concesionarios los vehículos que fabrica y decide cuáles serán los concesionarios autorizados para la venta, fijándole condiciones contractuales para el ejercicio de sus derechos; los concesionarios carecen de autonomía plena, en la medida en que en el

desenvolvimiento de su gestión comercial se encuentran, cuando menos en parte, subordinados a los convenios que celebra con el productor.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 05 (Grecco, Gallegos Fedriani, Otero.)

Ford Argentina S.A. y otr c/ SIC y M. Disp. DNCI 619/00 (Expte. 64-6254/98)

SENTENCIA, 31.503 del 25 DE FEBRERO DE 2002

Sumario nro. N0009198

SUMARIO

COMPRAVENTA DE AUTOMOTORES-DAÑOS Y PERJUICIOS-ADULTERACIÓN DE LA
NUMERACIÓN DEL AUTOMOTOR-CERTIFICADO DE ORIGEN -RESPONSABILIDAD DEL
FABRICANTE: PROCEDENCIA -INDEMNIZACIÓN: PROCEDENCIA

Si una fabrica de automotores omite dejar debida constancia en la documentación pertinente (certificado de fabricacion del automotor) de un antecedente que constaba en el folio de produccion de la fábrica de motores sobre la numeracion asentada sobre una base fresada por falla tecnica, procede tener por configurada no solo su responsabilidad por el cumplimiento defectuoso al omitir poner la diligencia apropiada en el proceso de produccion y montado del vehículo, sino tambien extenderla por la falta de correspondencia con el contenido del certificado de origen pertinente, como correspondia para evitar —como acontecio en el caso—, actos de turbacion al adquirente. Por ende, tal circunstancia que debio prever (art. 512 del cód. civil) y, dicha culpa —como factor atributivo de responsabilidad—, permiten responsabilizar patrimonialmente a su autor con arreglo a la pauta del art.1109 del cód. civil —extracontractualmente—, si se encuentran reunidos los restantes elementos esenciales para acceder al resarcimiento de un daño que, en la especie, dijo haber sufrido el comprador del bien.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.1109

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala A (PEIRANO - JARAZO VEIRAS - MIGUEZ)

CAPRICCIONI, OMAR JOSE Y OTRA c/ SEVEL ARGENTINA SA s/ SUMARIO

SENTENCIA, 000128 del 18 DE FEBRERO DE 2000

Sumario nro. N0009196

SUMARIO

COMPRAVENTA DE AUTOMOTORES-DAÑOS Y PERJUICIOS-SECUESTRO DE BIENES-
AUTOMOTOR SECUESTRADO-ADULTERACION DE LA NUMERACION DEL AUTOMOTOR-
RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE: IMPROCEDENCIA -INDEMNIZACION: IMPROCEDENCIA

Si el adquirente de un vehiculo pretende resarcimiento indemnizatorio del fabricante del mismo, como consecuencia del secuestro del bien en un procedimiento realizado por la gendarmería nacional, toda vez que el numero de motor fue regrabado en la fábrica de motores de la accionada, sin que haga constar dicha circunstancia en el respectivo certificado de origen, resulta improcedente rechazar la demanda con base en que la acción de daños y perjuicios no es una acción autonoma en materia contractual y por ende tiene un carácter subsidiario cuando, —como en el caso—, surge que resultaba ocioso que el pretensor solicitara la resolucion o el cumplimiento del contrato, porque los daños reclamados estaban acotados a una turbacion de carácter temporario —sufridos a consecuencia del

referido secuestro—, atribuido a un incumplimiento o negligencia en el obrar de la reclamada en el proceso de fabricación —el cual fue subsanado— y la ulterior restitucion del automotor saneaba la causa que los generaba.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
Sala A (PEIRANO - JARAZO VEIRAS - MIGUEZ)
CAPRICCIONI, OMAR JOSE Y OTRA c/ SEVEL ARGENTINA SA s/ SUMARIO
SENTENCIA, 000128 del 18 DE FEBRERO DE 2000

Sumario nro. N0009197

SUMARIO

COMPRAVENTA DE AUTOMOTORES - DAÑOS Y PERJUICIOS - ADULTERACIÓN DE LA NUMERACIÓN DEL AUTOMOTOR - CERTIFICADO DE ORIGEN - RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE: IMPROCEDENCIA - INDEMNIZACIÓN: IMPROCEDENCIA

Procede responsabilizar a una fabricante automotriz (accionada), si surge que incumplio el deber de informacion necesario al expedir un certificado de origen omitiendo dar cuenta de haber regrabado el numero del motor, y en razón de esa falta de correspondencia en la informacion expuso injustificadamente al adquirente del rodado (accionante) a consecuencias perjudiciales.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
Sala A (PEIRANO - JARAZO VEIRAS - MIGUEZ)
CAPRICCIONI, OMAR JOSE Y OTRA c/ SEVEL ARGENTINA SA s/ SUMARIO
SENTENCIA, 000128 del 18 DE FEBRERO DE 2000

Sumario nro. N0011703

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-COMPRAVENTA DE AUTOMOTORES-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-DEFECTOS DE FABRICACIÓN-RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

En una acción por la cual quien adquirió una camioneta a una concesionaria oficial, reclama de la empresa fabricante del vehículo los perjuicios sufridos por su incumplimiento contractual (consistente en que el rodado adquirido quedó un tiempo sin circular a consecuencia de un vicio de fabricación), resulta improcedente que la defendida alegue que ninguna relación contractual la unió con el pretensor. Ello pues, si bien no existe contrato entre el accionante y la accionada *strictu sensu*, los efectos de la relación son los mismos en razón de manifestaciones tácitas de la voluntad; el fabricante ofrece el bien que produce y acepta su responsabilidad al introducirlo al mercado, en tanto el consumidor acepta la propuesta mediante su adquisición final (cfr. Lopez Cabana y Lloveras, "La Responsabilidad Civil del Industrial. Régimen de reparación de daños causados por productos elaborados", ED 64-551). Su razón asienta en los deberes del tráfico que vinculan al fabricante con el consumid solidaria.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.40

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(PIAGGI - DIAZ CORDERO - BUTTY.)
MANESSI, ALBERTO VICENTE c/ GENERAL MOTORS DE ARGENTINA SA s/ ORDINARIO

Sumario nro. N0011701

SUMARIO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - RESCISIÓN DEL CONTRATO - CÍRCULO CERRADO -
COMPRVENTA DE AUTOMOTORES - INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

En una acción por la que el pretensor reclama de una sociedad de ahorro para fines determinados la repetición de las sumas que abono, en virtud de la resolución del contrato por incumplimiento atribuido a la defendida, cabe precisar que si en la pertinente solicitud de adhesión se estableció que el pago de cada cuota debía efectuarse en las instituciones bancarias o financieras del país o representantes autorizados por la administradora (razón por la que el pago debió verificarse mediante formulario que cada adherente recibía a tal fin) y, que la falta de recepción del instrumento no desligaba al suscriptor de pagar, pues éste debía procurarse dicho formulario —puesto a su disposición por la sociedad administradora—; la sola circunstancia de que el pretensor no haya procurado la obtención de los formularios no constituye incumplimiento contractual, toda vez que era la reclamada quien debía entregar o poner a disposición de los adherentes esos formularios —lo que no hizo—. Ello pues, la información cumple un rol vital para que el contratante tenga un adecuado conocimiento de las condiciones de contratación, el alcance de los derechos y obligaciones que asume, para evitar los riesgos económicos en la formación como en la ejecución del contrato. Es ilógico que el predisponente establezca obstáculos a su cumplimiento y endilgue la carga de sortearlos a quien posee menor especialización y poder negocial. Fue la administradora quien al incumplir su deber de remitir los formularios omitió los medios necesarios para permitir que el suscriptor abonará la cuota en tiempo y forma. A más, la defendida debió informar veraz y concretamente las condiciones de pago; no es suficiente hacer una escueta mención a que de no emitir los formularios de pago, el adherente debía procurarse por sí solo que la administradora le entregara esos instrumentos. La ley de defensa del consumidor (nº 24.240 y sus modificatorias) impone la obligación de brindar información adecuada, veraz, detallada y suficiente sobre las características de los bienes y servicios, ello determina el comportamiento que debe asumir el consumidor habida cuenta de la discapacidad negocial de los contratantes. Por lo demás, la C.N. art. 42 ratifica el derecho a la información. El deber de informar importa la manifestación del deber de la buena fe que debe presidir los vínculos contractuales y la confianza que deposita el consumidor en aquel mejor posicionado del que exige una conducta leal y fidedigna.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(PIAGGI - DIAZ CORDERO - BUTTY.)

RIGONI, GABRIEL GUSTAVO c/ CIRCULO DE INVERSORES SA DE AHORRO PARA FINES
DETERMINADOS s/ ORDINARIO

SENTENCIA del 20 DE NOVIEMBRE DE 2002

Sumario nro. V0020028

SUMARIO

CONTRATOS - COMPRVENTA DE AUTOMOTORES - PLAN DE AHORRO PREVIO - VICIOS
REDHIBITORIOS - DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Nos encontramos frente a una relación de consumo en los términos de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa al Consumidor, puesto que en la misma participan, por una parte, el actor como persona física que contrata a título oneroso para su consumo final o beneficio propio la compra de un auto, o sea en el carácter de consumidor y por la otra, las empresas demandadas integrantes de la cadena de distribución y comercialización del mentado producto. Empresas a las que se extiende la responsabilidad por daños de acuerdo a lo normado por el artículo 40 de la ley antes citada.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA EN LO CIVIL Y COMERCIAL COMUN, SAN MIGUEL DE TUCUMAN, TUCUMAN
Sala 01 (Frias de Sassi Colombres - Avila.)
Carello Rafael Roque c/ C.I.A.D.E.A. y otros s/ Rescisión de contrato
INTERLOCUTORIO, 278 del 29 DE JUNIO DE 2004

Sumario nro. N0010144

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-COMPRVENTA DE AUTOMOTORES-OBLIGACIONES DEL FABRICANTE-VICIOS REDHIBITORIOS-HOMOLOGACION ADMINISTRATIVA-ACUERDO DE PARTES-ACEPTACION SIN RESERVA

Corresponde rechazar la acción deducida por el adquirente de un automotor, en reclamo de indemnización de “los daños y perjuicios producto del vicio redhibitorio (CCIV. Art. : 2164 y cc.) producido como consecuencia de la falta del sistema de calefacción” del rodado, contra la concesionaria y el fabricante, toda vez que existe un acuerdo homologado en sede administrativa por el cual se las comprometía a las accionadas a la colocación del dispositivo faltante, del que surge asimismo que una vez cumplido el acuerdo nada más tendrán las partes que reclamarse con motivo de esas actuaciones; ello así, y en virtud de que una vez instalado el equipo de calefacción conforme lo acordado, el accionante retiró el vehículo sin dejar a salvo su derecho al resarcimiento del daño pretendidamente sufrido, tal requerimiento epistolar cursado por el accionante una semana después de satisfecha la obligación pendiente, resulta inoficioso (CCIV. art.525 y 624 —aplicable por vía de analogía—); además, el CCIV. art. 2176 invocado por el accionante en apoyo de su reclamación no autoriza a ejercer una acción por daños y perjuicios cuando no se opta por la rescisión del contrato.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.525, Ley 340 Art.624, Ley 340 Art.2164, Ley 340 Art.2176

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
Sala E (RAMIREZ - GUERRERO - ARECHA.)
GARCIA SEGURA, CARLOS c/ FORD ARGENTINA SA s/ SUMARIO
SENTENCIA del 13 DE DICIEMBRE DE 2002

Sumario nro. N0010926

SUMARIO

COMPRVENTA DE AUTOMOTORES-OBLIGACIONES DE LAS PARTES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DEFECTOS DE FABRICACIÓN-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO (COMERCIAL)-RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

En una acción por la cual quien adquirió una camioneta a una concesionaria oficial, reclama de la empresa fabricante del vehículo los perjuicios sufridos por su incumplimiento contractual (consistente

en que el rodado adquirido quedo un tiempo sin circular a consecuencia de un vicio de fabricación), resulta improcedente que la defendida alegue que ninguna relación contractual la unió con el pretensor. Ello pues, si bien no existe contrato entre el accionante y la accionada *strictu sensu*, los efectos de la relación son los mismos en razón de manifestaciones tacitas de la voluntad; el fabricante ofrece el bien que produce y acepta su responsabilidad al introducirlo al mercado, en tanto el consumidor acepta la propuesta mediante su adquisición final (cfr. López Cabana y Lloveras, "La Responsabilidad Civil del Industrial. Régimen de Reparación de Daños Causados por Productos Elaborados", ED 64-551). Su razón asienta en los deberes del trafico que vinculan al fabricante con el consumidor mediante la realizacion de ventas encadenadas que originan obligaciones contractuales de protección asumidas frente a un tercero (cfr. CNCOM, sala B, 25-9-1985, in re, "Rincón de Ávila S.C.A. c/ Coop Argentina S.A.C.I."). Esta perspectiva se apoya en la independencia e irrelevancia del proceso de distribución de la mercadería, que apoya en la existencia de una relación jurídica directo entre el fabricante y el consumidor; resulta de una oferta de garantía y seguridad nacida de la marca y de la publicidad o propaganda emitida por el primero (v. Rojo y Fernández Rio, "La Responsabilidad Civil del Fabricante", publicación del Real Consejo de España, Bolonia, 1974, Pág. 157) (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, Defensa del Consumidor, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1998, Pág. 118). En tal sentido cabe precisar, que la Ley 24.240 art. 40 no distingue entre responsabilidad contractual o extracontractual; menciona a todos los intervinientes como responsables de una indemnización única; afirma que es solidaria.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala B (PIAGGI - DIAZ CORDERO - BUTTY.)

MANESSI, ALBERTO VICENTE c/ GENERAL MOTORS DE ARGENTINA SA s/ ORDINARIO.

SENTENCIA del 28 DE JUNIO DE 2002

Sumario nro. N0010917

SUMARIO

COMPRAVENTA DE AUTOMOTORES-CONCESION PARA LA VENTA DE AUTOMOTORES-OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO (COMERCIAL)-RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO (COMERCIAL)-OBLIGACIONES DEL FABRICANTE-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-RESPONSABILIDAD OBJETIVA

En una acción mediante la cual se persigue el cobro de los daños derivados del incumplimiento de un contrato de compraventa automotor por parte del vendedor y del fabricante concedente, resulta improcedente que —como en el caso— el mentado concedente pretenda eximir su responsabilidad con base en la inexistencia de vinculo con el pretensor, toda vez que es responsable objetivamente en virtud de lo normado por el CCIV art.1113. A mas, conforme a la regla positiva del CCOM art. 8, el codefendido se presenta como "un empresario de fabrica", es decir, se trata de un profesional, pues es titular de una hacienda especializada en razón de su objeto, y ello compromete rangos agravados de responsabilidad, conforme al principio general de derecho que consagra el CCIV art. 902. En tal sentido cabe precisar, que —aunque indirectamente lo haga a través de concesionarios— el fabricante incide en el mercado, puesto que salvo excepciones, no es un artesano que concrete productos en el plano estrictamente individual. Es decir, promete a través de la propaganda, la calidad de sus productos, masivamente elaborados. Por tanto, debe ejercer la guarda o custodia de la "cosa" entendiendo por esta la empresa que dirige hacia la prestación de un servicio que pone a disposición de terceros, así como de los agentes concesionarios que incorpora a su red de distribución, de lo que surge una suerte de obligación de seguridad (incumplida en la especie). Asimismo, el incumplimiento manifiesto por parte del concesionario denota también, sin dejar de responsabilizarlo, una deficiente ejecución de las obligaciones por parte del fabricante, las cuales no recaen únicamente sobre el primero, quien se halla a su respecto en una relación vertical y posición subordinada. Por tanto, deberá responder ante los clientes perjudicados, quienes eligen contratar con los concesionarios en función de

la marca y prestigio del producto ofrecido, a los cuales llega gracias a la red de distribución desplegada, la que, al aprovechar los beneficios, deberá también asumir los riesgos.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.902, Ley 340 Art.1113, Ley 2.637 Art.8

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala B (BUTTY - DIAZ CORDERO - PIAGGI.)

SICANIA SA c/ AUTOMOVILES EXCLUSIVOS SA s/ SUMARIO.

SENTENCIA del 28 DE JUNIO DE 2002

Sumario nro. N0010925

SUMARIO

COMPRAVENTA DE AUTOMOTORES - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE - RESPONSABILIDAD DE LA CONCESIONARIA - DEFECTOS DE FABRICACIÓN

Procede la acción por la cual quien adquirió una camioneta a una concesionaria oficial, reclama de la empresa fabricante del vehículo los perjuicios sufridos por su incumplimiento contractual (consistente en que el rodado adquirido quedo un tiempo sin circular a consecuencia de un vicio de fabricación), toda vez que en el marco de la relación de consumo (C.N art. 42) desde que un producto sale de fabrica y a través de la cadena de comercialización llega a su destinatario final, pueden originarse situaciones fácticas con consecuencias jurídicas que involucran al consumidor. Una se presenta cuando no media relación obligacional previa entre el elaborador y el consumidor (cfr. Galdos, Jorge Mario, "La responsabilidad del contratante frente al consumidor no contratante", J.A 1997-III-680). Es decir, que asiste derecho al pretensor para reclamar los daños sufridos a cualquier miembro de la cadena de producción; el consumidor puede demandar a todos los intervinientes de la cadena de consumo desde el productor hasta el contratante directo. La responsabilidad por el daño se determinara entre los demandados (y entre quienes estos hagan citar al juicio y resulten responsables) a los fines de las acciones de regreso que pudieren competir, pero esto ultimo es un problema ajeno al consumidor (cfr. Belluscio, Augusto; Zanoni, Eduardo, "Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado", tomo 8, Ed. Astrea, Bs. As., 1999, pag. 934).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala B (PIAGGI - DIAZ CORDERO - BUTTY.)

MANESSI, ALBERTO VICENTE c/ GENERAL MOTORS DE ARGENTINA SA s/ ORDINARIO.

SENTENCIA del 28 DE JUNIO DE 2002

Identificación SAIJ: N0015178

SUMARIO

COMPRAVENTA DE AUTOMOTORES-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-DEFECTOS DE FABRICACIÓN

Cabe admitir la acción por cumplimiento de contrato, incoada por el adquirente de un rodado contra el fabricante —con quien contrató directamente—, en atención a los defectos existentes en la pintura del vehículo, sin que obste a ello lo alegado por el accionado en cuanto a que la garantía otorgada sólo comprendía las reparaciones que eventualmente se debieran hacer en virtud de la existencia de ciertos defectos de fábrica, pues, no sólo no probó la veracidad de ello, sino que además, en caso de que existiera alguna disposición contractual con ese sentido, ella no podría servir para decidir el caso por ser contraria a las previsiones del código civil y, especialmente, de la ley 24.240.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(HEREDIA - DIEUZEIDE - VASSALLO.)

OCAMPO, ANTONIO c/ FIAT AUTO ARGENTINA SA s/ ORDINARIO.

SENTENCIA, 44781/02 del 23 DE AGOSTO DE 2007

Identificación SAIJ: K0025137

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-SERVICIO TECNICO-AUTOMOTORES

Se advierte un efectivo incumplimiento de las previsiones del art. 12 de la ley 24.240 si en cuanto el servicio técnico prestado respecto de un automóvil nuevo adquirido por un consumidor no ha sido adecuado y en atención a que numerosas fallas y deficiencias que se reclamaron oportunamente no fueron solucionadas (Cons. III).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.12

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Uslenghi, Galli, Otero (por sus fundamentos).)

“Volkswagen Argentina S.A. (T.F. 18.274-A) c/ D.G.A.”.

SENTENCIA del 15 DE FEBRERO DE 2007

Identificación SAIJ: K0025136

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-MULTA-AUTOMOTORES

Una empresa automotriz puede ser sancionada con una multa por infracción al artículo 12 de la ley 24.240 por presentar un automóvil severas deficiencias de funcionamiento y defectos de fabricación desde el primer momento, a pesar de tratarse de un producto nuevo dado que, aún cuando se realizaron diversas reparaciones, los desperfectos no fueron solucionados en los términos de la garantía otorgada.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.12

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Uslenghi, Galli, Otero (por sus fundamentos).)

“Volkswagen Argentina S.A. (T.F. 18.274-A) c/ D.G.A.”.

SENTENCIA del 15 DE FEBRERO DE 2007

X | Tarjeta de crédito

Identificación SAIJ : N0019602

TEMA

TARJETA DE CREDITO-LIMITE DE GASTOS-PROTECCION DEL CONSUMIDOR

Debe revocarse el fallo que había rechazado la demanda promovida por una asociación de consumidores contra una entidad financiera y declara que el cargo cobrado por exceso límite de compra resulta ilegítimo por violentar los derechos de los usuarios y consumidores. Refiere que la pretensión de aplicar un cargo al usuario por haberse excedido del límite de crédito que le fuera otorgado, es un temperamento que no se concilia con los principios que rigen la materia contractual, habida cuenta que se trata de un aspecto que no sólo le interesa a la entidad, sino que también al consumidor, en tanto que resulta susceptible de ser colocado frente a un sobreendeudamiento que podría repercutir negativamente en sus propios intereses.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL

Sala C (Julia Villanueva - Eduardo R. Machín)

Unión de Usuarios y Consumidores y otro c/ Banco Industrial S.A.

SENTENCIA del 2 DE AGOSTO DE 2018

Nro.Fallo: 18130005

Identificación SAIJ : W0002676

TEMA

INFRACCIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Corresponde condenar a una entidad bancaria a restituirle la tarjeta de crédito con las mismas características y en las mismas condiciones pactadas en el contrato y a resarcirlo por los daños y perjuicios derivados del accionar denunciado, pues no resulta acreditado que el demandado haya dado aviso con suficiente antelación de su decisión de no renovar el contrato respectivo, lo que evidencia que el incumplimiento del Banco surge incontrastable y su decisión susceptible de reproche por su imprevisibilidad, más aún cuando el contrato venía renovándose en forma automática durante diecisiete años y la propia entidad calificó la conducta del actor como cliente del Banco y titular de la tarjeta como irrepachable.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SAN SALVADOR DE
JUJUY, JUJUY

Sala 03 (Caballero - Issa - Cosentini)

Muñoz, Gustavo Enrique c/ Banco Francés S.A. s/ Acción emergente de la ley de Defensa del Consumidor

Sumario: FF000040

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-BANCOS-CARGO POR RENOVACIÓN DE TARJETA

Configura una infracción a los arts. 4 y 19 de la Ley de Defensa del Consumidor cobrar al cliente reiteradamente un cargo por renovación de la tarjeta de crédito que no se había pactado, pues las normas deben ser observadas con responsabilidad y buena fe por todos los proveedores más aun cuando ostentan una posición dominante en el mercado que les permite contratar masivamente la provisión de servicios.

REF. NORMATIVAS :

Ley 24.240 Art.4

Ley 24.240 Art.19

Fuente : SAIJ

DATOS DEL FALLO

CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE GENERAL ROCA. GENERAL ROCA, RIO NEGRO.

(Barreiro - Gallego - Lozano)

Pierini, Mauro Luis c/ Banco Santander Río S.A. s/ infracción ley 24.240

SENTENCIA del 22 de Noviembre de 2012

Identificación SAIJ: N0017165

SUMARIO

CONTRATO DE TARJETA DE CRÉDITO-LEY APLICABLE-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR- APLICACIÓN DE OFICIO-LEY DE ORDEN PÚBLICO-PRESCRIPCIÓN

En el marco de un contrato de tarjeta de crédito que unió a las partes, cabe aclarar que es pertinente en derecho la aplicación de oficio de la Ley 24.240, por tratarse de una disposición de orden público (Ley 24.240: 65; Farina, Juan, Defensa del consumidor y del usuario, p. 629, Buenos Aires, Astrea, 2008; Spota, A. Actualizado por Leiva Fernández, L., Contrato instituciones de derecho civil, T. VII, p. 1018, Buenos Aires, La Ley, 2009). De allí que, por tratarse de normas imperativas, los jueces deben aplicarlas con prescindencia de la alegación de parte (cfr. Rouillón, A., Código de comercio, comentado y anotado, T. V, p. 1246, Buenos Aires, La Ley; CNCom, Sala D, "Del Castro Christian c/ General Motors de Argentina SA s/ ordinario", 09.11.2009). Ello así, procede confirmar la solución a la que arribó el a quo respecto al plazo de prescripción contenido en el artículo 50 de la Ley 24.240 (t.o. Ley 26.631) que es igual al establecido en la Ley 25.065 y que —en el caso— no había operado el momento de iniciarse las actuaciones.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, Ley 24.240 Art.50, LEY 25.065

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(Barreiro - Ojea Quintana - Tevez.)

BANCO DE SAN JUAN SA c/ MACRI, STELLA MARIS Y OTROS s/ ORDINARIO.
SENTENCIA, 33054/04 del 15 DE FEBRERO DE 2011

.....
Identificación SAIJ: C1001866

SUMARIO

RECURSO DE QUEJA POR INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADA-CASO CONSTITUCIONAL-
DEFENSA DEL CONSUMIDOR-TARJETA DE CRÉDITO-PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La decisión referida a si los hechos que se atribuyen al banco demandado que intervino en el financiamiento del pago en cuotas de la compraventa de un equipo de audio mediante el uso de una tarjeta de crédito, cuyas modalidades no fueron claramente informadas a la compradora, se deben subsumir también bajo las previsiones de la Ley de Defensa del Consumidor o sólo bajo las pautas de la Ley de Tarjetas de Créditos no involucra cuestión constitucional alguna, pues remite sólo a la determinación de hechos y su ponderación bajo una u otra ley, ambas de naturaleza infraconstitucional. (Voto del Dr. Julio B. J. Maier, al que adhieren los Dres. Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS
AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)

Banco Cetelem Argentina SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

INTERLOCUTORIO, 5639/07 del 25 DE JUNIO DE 2008

.....
Identificación SAIJ: C1001868

SUMARIO

RECURSO DE QUEJA POR INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-
TARJETA DE CRÉDITO

La queja no contiene argumentos que intenten demostrar por qué razón un mismo hecho no puede constituir a la vez, una infracción al sistema de defensa del consumidor y al régimen de tarjetas de crédito, o permitan descartar que la tarjeta de crédito esté comprendida en la tutela que la Constitución Nacional y la Constitución local, así como la ley nro. 24.240, brindan al consumidor. (Voto del Dr. Julio B. J. Maier, al que adhieren los Dres. Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS
AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)

Banco Cetelem Argentina SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

INTERLOCUTORIO, 5639/07 del 25 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: C1001869

SUMARIO

**TARJETA DE CRÉDITO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES-
APLICACIÓN DE LA LEY**

La existencia de una potestad concurrente entre los órganos administrativos nacionales y locales en la protección al consumidor en los conflictos vinculados con el sistema de tarjetas de crédito, ha sido ahora consignada expresamente en la reciente ley nro. 26.361 que reformó tanto la Ley de Defensa del Consumidor como la Ley de Tarjetas de Crédito, estableciendo que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires será autoridad local de aplicación de ambas leyes, con amplias facultades de control, vigilancia y juzgamiento sobre el cumplimiento de las mismas y de las normas reglamentarias. (Voto del Dr. Julio B. J. Maier, al que adhieren los Dres. Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.361

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)

Banco Cetelem Argentina SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

INTERLOCUTORIO, 5639/07 del 25 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: C1001874

SUMARIO

INTERPRETACIÓN DE LA LEY-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-TARJETA DE CRÉDITO

Sobre la base la regla hermenéutica que aconseja preferir aquellas interpretaciones que otorguen efectos a las normas frente a las que las privan de sentido total o parcialmente, cabe sostener que a los contratos de tarjetas de crédito se les aplican los preceptos de la Ley de Defensa del Consumidor que brindan facultades sancionatorias a las autoridades locales. (Voto del Dr. Luis F. Lozano).

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)

Banco Cetelem Argentina SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

INTERLOCUTORIO, 5639/07 del 25 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: C1001998

SUMARIO

**RECURSO DE QUEJA POR INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADA-CASO CONSTITUCIONAL-
DEFENSA DEL CONSUMIDOR-TARJETA DE CRÉDITO-PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

La decisión referida a si los hechos que se atribuyen al banco demandado que intervino en el financiamiento del pago en cuotas de la compraventa de un equipo de audio mediante el uso de una tarjeta de crédito, cuyas modalidades no fueron claramente informadas a la compradora, se deben

subsumir también bajo las previsiones de la Ley de Defensa del Consumidor o sólo bajo las pautas de la Ley de Tarjetas de Créditos no involucra cuestión constitucional alguna, pues remite sólo a la determinación de hechos y su ponderación bajo una u otra ley, ambas de naturaleza infraconstitucional. (Voto del Sr. Juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los Sres. Jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás. En sentido concordante ver voto del Sr. Juez Luis F. Lozano).

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)

Banco Cetelem Argentina SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

INTERLOCUTORIO, 5639/07 del 25 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: C1002000

SUMARIO

RECURSO DE QUEJA POR INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-TARJETA DE CRÉDITO

La queja no contiene argumentos que intenten demostrar por qué razón un mismo hecho no puede constituir a la vez, una infracción al sistema de defensa del consumidor y al régimen de tarjetas de crédito, o permitan descartar que la tarjeta de crédito esté comprendida en la tutela que la Constitución Nacional y la Constitución local, así como la ley nro. 24.240, brindan al consumidor. (Voto del Sr. Juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los Sres. Jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás. En sentido concordante ver voto del Sr. Juez Luis F. Lozano).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)

Banco Cetelem Argentina SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

INTERLOCUTORIO, 5639/07 del 25 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: C1002001

SUMARIO

TARJETA DE CRÉDITO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES- APLICACIÓN DE LA LEY

La existencia de una potestad concurrente entre los órganos administrativos nacionales y locales en la protección al consumidor en los conflictos vinculados con el sistema de tarjetas de crédito, ha sido ahora consignada expresamente en la reciente ley nro. 26.361 que reformó tanto la Ley de Defensa del Consumidor como la Ley de Tarjetas de Crédito, estableciendo que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires será autoridad local de aplicación de ambas leyes, con amplias facultades de control, vigilancia y juzgamiento sobre el cumplimiento de las mismas y de las normas reglamentarias. (Voto del Sr. Juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los Sres. Jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás. En sentido concordante ver voto del Sr. Juez Luis F. Lozano).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.361

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)

Banco Cetelem Argentina SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

INTERLOCUTORIO, 5639/07 del 25 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: C1002006

SUMARIO

INTERPRETACIÓN DE LA LEY-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-TARJETA DE CRÉDITO

Sobre la base la regla hermenéutica que aconseja preferir aquellas interpretaciones que otorguen efectos a las normas frente a las que las privan de sentido total o parcialmente, cabe sostener que a los contratos de tarjetas de crédito se les aplican los preceptos de la Ley de Defensa del Consumidor que brindan facultades sancionatorias a las autoridades locales. (Voto del Sr. Juez Luis F. Lozano).

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)

Banco Cetelem Argentina SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

INTERLOCUTORIO, 5639/07 del 25 DE JUNIO DE 2008

Sumario nro. N0009587

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO: PROCEDENCIA-BANCO DE DATOS PERSONALES - INFORMACIÓN CREDITICIA - INFORMACIÓN ERRÓNEA O DESACTUALIZADA - RECTIFICACIÓN DEL ERROR - TARJETA DE CRÉDITO-RESUMEN DE CUENTAS - PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

Corresponde hacer lugar a la acción de amparo deducida por el titular de una tarjeta de crédito contra una entidad bancaria, a fin de que se de la baja de cierta información sobre su situación patrimonial incluida en las Bases de Datos del Banco Central y de la organización veraz, suministrada por la entidad accionada —administradora de la cuenta del accionante de acuerdo a lo previsto en el proceso liquidatorio del Banco que, a su vez, había sido continuador de la entidad bancaria de la que aquel era cliente— sin base cierta, pues, se incluyeron en el resumen de su tarjeta ciertos conceptos desconocidos por este, que no pago y que pese a sus reclamos siguieron apareciendo en los sucesivos resúmenes, acrecidos por los intereses, y que constituían el saldo deudor informado; ello así, si bien al momento de iniciarse las actuaciones no regía aún la Ley 25.326 de habeas data, el reclamo fue subsumido en las normas constitucionales inherente a la tutela de los datos personales (CN: 43-parr. 3) instrumentándose por la vía del amparo, lo que no puede merecer reparos, toda vez que es hoy la vía consagrada expresamente por la CN: 43-parr.1; sin que el accionado pueda alegar que no es una entidad destinada a proveer informes a terceros, ya que ello no es óbice para ser alcanzada por la Ley 25.326: 2 y 33-1 b), o por la protección genérica del amparo, en tanto se halla en juego la garantía contemplada por la CN: 42 inherente al derecho de los consumidores a una “información adecuada y veraz”; sin que tampoco obste a que puedan ser canalizados por esta vía los hechos que suscitaron la controversia —conflicto entre dos derechos privados que no corresponde dilucidar, sin mayor debate, a

traves de esta instancia sumarisima, al decir del Sr. fiscal de cámara—, pues más allá del estrecho marco cognoscitivo que es propio del amparo, en la medida en que se hallan comprometidos derechos de raigambre constitucional, el criterio de apreciación ha de ser amplio y flexible a fin de dar oportuno y eficaz resguardo a tales derechos, sin ceder a reparos formalistas, que podrian conducir a una virtual frustración del acceso a la justicia.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42 al 43, LEY 25.326 Art. 2, LEY 25.326 Art. 33

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala C (MONTI - CAVIGLIONE FRAGA - DI TELLA.)

HALABI, ERNESTO c/ CITIBANK NA s/ AMPARO. (ED 20.5.02, F51452).

SENTENCIA del 26 DE MARZO DE 2002

Sumario nro. N0011709

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-TARJETA DE CRÉDITO-INFORMACIÓN ERRÓNEA O DESACTUALIZADA-PRINCIPIO DE INFORMALISMO

En una acción en la cual el titular de una tarjeta de crédito persigue de una entidad bancaria el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la difusión de información falsa que lo involucró como deudor moroso en la central de deudores del sistema financiero del banco central, si el pretensor efectuó el pertinente reclamo ante el banco desconociendo ciertos gastos incluidos en el resumen de cuenta, resulta improcedente que —como en el caso—, la entidad pretenda descalificar la virtualidad de aquel arguyendo que éste fue realizado de manera genérica, sin detalle circunstancial del cuestionamiento de las cuentas y las razones de la impugnación. Ello pues, ninguna norma exige al consumidor que deba cumplir determinadas fórmulas rituales para efectuar reclamos, pues rige el principio de informalidad. Sólo puede exigírsele que el reclamo sea suficientemente claro como para cumplir su finalidad —lo cual aconteció en la especie, toda vez que la entidad administradora del sistema reconoció la improcedencia de los débitos observados por el reclamante—. A más, no puede otorgarse un tratamiento similar a sujetos que son diferentes en aspectos sustanciales: poder de negociación, experiencia y conocimientos (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, “Introducción al derecho del consumidor”, Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 5, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, pag. 11). Por su parte cabe precisar, que el tráfico actual exige una protección responsable del consumidor (CN art.42 y Ley 24.240) desde que la confianza como principio de contenido ético impone a los operadores un inexcusable deber de honrar esas expectativas, y su quiebre implica la contravención de los fundamentos de toda organización y torna inseguro el tráfico (conf. Rezzonico, Juan Carlos, “Principios fundamentales de los contratos”, ed. Astrea, Bs. As., 1999, Pag. 376 y ss.).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(PIAGGI - DIAZ CORDERO)

FEDER, MARCELO c/ CITIBANK SA Y OTRO s/ ORDINARIO. (ED 14.11.01, Fº 51132).

SENTENCIA del 19 DE JULIO DE 2001

Sumario nro. N0011710

SUMARIO

TARJETA DE CRÉDITO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL BANCO-INHABILITACIÓN PARA CUENTAS BANCARIAS

En una acción por la que el titular de una tarjeta de crédito reclama del banco que la emitió y de la entidad administradora, el resarcimiento de los perjuicios que sufrió como consecuencia de la arbitraria inhabilitación de aquella, para establecer la responsabilidad de las accionadas resulta determinante su carácter profesional, toda vez que tal condición las responsabiliza de manera especial, en tanto la superioridad técnica que detentan, les impone el deber de obrar con mayor prudencia y pleno conocimiento del negocio y les exige una diligencia acorde con su objeto hacendal, con organización adecuada para desarrollar su giro. La conducta de las defendidas no puede apreciarse con los parámetros exigibles a un neófito, sino conforme al "standard" de responsabilidad agravada que el profesional titular de una empresa con alto nivel de especialización tiene frente al usuario: puesto que en los contratos en los que una de las partes detenta superioridad técnica, la otra soporta una situación de inferioridad jurídica. La complejidad del tráfico hace exigible una protección responsable del consumidor (C.N. art. 42 y Ley 24.240) desde que la confianza como principio de contenido ético impone a los operadores un inexcusable deber de honrar esas expectativas. Y su quiebre implica la contravención de los fundamentos de toda organización, tornando inseguro el tráfico (conf.Rezzonico, Juan Carlos, "Principios fundamentales de los contratos", ed. Astrea, Bs. As., 1999, Pag. 376 Y ss.).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(PIAGGI - BUTTY - DIAZ CORDERO)

RODRIGUEZ, LUIS MARIA Y OTROS c/ BANCO DE GALICIA Y BUENOS AIRES SA Y OTRO s/
ORDINARIO

SENTENCIA del 26 DE ABRIL DE 2001

.....
Sumario nro. K0023856

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-EMISOR DE TARJETA DE CRÉDITO-BANCOS-CONTRATO DE TARJETA DE CRÉDITO-TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS-SANCIONES ADMINISTRATIVAS

La entidad bancaria que procuró imperativamente imponerle la adopción de una tarjeta de crédito a un eventual cliente mediante el envío de un ejemplar a su nombre y la consiguiente apertura del crédito correspondiente fue quien realizó los pasos encaminados a crear la relación de consumo regida por la ley 24.240, por lo que no puede ir luego contra sus propios actos negando la relación que pretendió entablar.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

"Banco Francés S.A. c/ DNCI -Disp. 135/02 (expte. 607-001450/98)".

SENTENCIA, 4183/03 del 27 DE NOVIEMBRE DE 2003

Sumario nro. K0023760

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-TARJETA DE CRÉDITO-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR:ALCANCES

-MORA-EMISOR DE TARJETA DE CRÉDITO-SANCIONES ADMINISTRATIVAS:CONFIGURACIÓN

El “derecho a la información” que el art. 42 de la C.N. reconoce al consumidor, halla su exacto correlato en el “deber de información” impuesto con alcances genéricos a los proveedores de bienes y servicios por la ley de defensa del consumidor en su art. 4º (Sala II, 6/5/99, “Poggi, José M. c/Serc. de Comercio e Inversiones”, JA. 9/8/00; ED. 30/10/00; Sala II, 29/6/00, “Movistar S.A. c/Secretaría de Com.e Inv.”, LL. 21/3/01), el que en la materia sólo ha de poder satisfacerse del modo en que lo establece la resolución 134/98 de la Secr. de Ind. Com. y Minería, esto es, haciendo público, en forma periódica, el costo de los servicios que ofrecen las empresas emisoras de tarjetas de crédito, de compra y de pago, lo que torna imprescindible que el órgano de aplicación de la ley cuente —dentro de un plazo razonable— con la información necesaria para hacerla llegar al público general, por cuanto la información tardía resulta inútil a los fines propuestos. La demora —aún de pocos días— conspira contra aquella finalidad informativa y hace razonable su tipificación como una infracción al régimen de la ley 24.240.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240 Art. 4

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

“Finvercon S.A. Cía. Financiera c/ DNCI -Disp. 445/01 (Expte.64.7464/98)”.

SENTENCIA, 19012/01 del 9 DE OCTUBRE DE 2003

Sumario nro. K0023761

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-TARJETA DE CRÉDITO-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

-MORA-EMISOR DE TARJETA DE CRÉDITO-SANCIONES ADMINISTRATIVAS: CONFIGURACIÓN

La violación al deber de información por parte de las entidades financieras que establece la resolución 134/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería es de aquellas en las que el resultado se manifiesta por la violación en sí de la norma establecida, la que fue dictada en protección de un cierto sector de la población. Es decir, su configuración se produce con la sola realización del acto, sin requerir para su punición la existencia de una alteración en el mundo exterior que se manifiesta por medio de una lesión o de un perjuicio a terceros, sin que ello implique que el elemento subjetivo se encuentre ausente. La imputada es uno de los agentes del sistema financiero que emite las tarjetas y a quien se dirige la resol. 134/98, por lo que su violación implica, al menos, un grado de negligencia que junto a la demora incurrida configura el ilícito que sanciona.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

“Finvercon S.A. Cía. Financiera c/ DNCI -Disp. 445/01 (Expte.64.7464/98)”.

SENTENCIA, 19012/01 del 9 DE OCTUBRE DE 2003

Sumario nro. K0023827

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-TARJETA DE CRÉDITO-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO-ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS-HABILITACIÓN DE LA VÍA JUDICIAL: REQUISITOS

No concurre el supuesto que habilita la competencia de esta Cámara para que proceda su intervención si la decisión cuestionada no aplicó sanción alguna ya que la autoridad de aplicación ordenó únicamente a la entidad bancaria que acredite la modificación o supresión de las cláusulas declaradas abusivas en un plazo determinado.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

"Banco Bansud S.A. c/ D.N.C.I. -Disp. 213/01 (Expte. 64-5930/98 yAC 64-5007/01).

SENTENCIA, 131343/02 del 18 DE NOVIEMBRE DE 2003

Sumario nro. K0023855

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-TARJETA DE CRÉDITO-EMISOR DE TARJETA DE CRÉDITO - OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR-APLICACIÓN DE LA LEY:ALCANCES

Los emisores de tarjetas de crédito están comprendidos en la categoría de "Proveedores de servicios", toda vez que, de acuerdo a lo prescripto en el art. 2 de la ley 24.240, quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas y jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente presten servicios a consumidores o usuarios.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 2

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

"Banco Francés S.A. c/ DNCI -Disp. 135/02 (expte. 607-001450/98)".

SENTENCIA, 4183/03 del 27 DE NOVIEMBRE DE 2003

Sumario nro. I6001597

SUMARIO

TARJETA DE CRÉDITO-INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO-LEYES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

La prerrogativa inserta en un contrato de tarjeta de crédito que reconoce a la entidad emisora la facultad de certificar la deuda en base a resúmenes no impugnados, atribuyéndole la calidad de cuenta aprobada, líquida y exigible, es inválida puesto que ello traduce una virtual inversión de las normas que regulan la carga de la prueba, que se encuentran excluidas de la posibilidad de negociación por las partes y proscriptas expresamente para los contratos de consumos por la ley de Defensa del Consumidor 24.240 en su art. 37 inc. c).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 37

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES CIVIL COMERCIAL, CONCORDIA, ENTRE RIOS

Sala 02 (Moreni-Rodríguez-Smaldone)

DILFER S.A. c/ CORRARO WALTER OSVALDO s/ SUMARIO POR COBRO DE PESOS

SENTENCIA, 4229 del 30 DE SETIEMBRE DE 2002

Sumario nro. A0065543

SUMARIO

RECURSO EXTRAORDINARIO:REQUISITOS PROPIOS-SENTENCIA ARBITRARIA-EXCESOS U OMISIONES EN EL PRONUNCIAMIENTO-TARJETA DE CRÉDITO-PRUEBA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-LEY VIGENTE

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó el reclamo por cobro de pesos contra los usuarios adicionales de una tarjeta de crédito en los términos de la ley 25.065, que no estaba vigente al momento de suscribir el contrato, pero entendió aplicable con sustento en lo dispuesto en el art. 3º de la ley de Defensa del Consumidor (24.240) en cuanto establece que en caso de duda, se decidirá por la interpretación más favorable al consumidor, pues lo resuelto prescindió de tratar el agravio referido a la aplicación de una legislación posterior a la celebración del contrato, fundado en el reconocimiento de la documentación y la confesión ficta de los demandados.

—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 3, LEY 25.065

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Mayoría: Fayt, Belluscio, Boggiano, López, Vázquez. Disidencia: Petracchi. Abstención: Maqueda, Zaffaroni.)

Banco de la Nación Argentina c/ Monti, Aldo Horacio s/ cobro de pesos.

SENTENCIA del 11 DE NOVIEMBRE DE 2003

Sumario nro. J0033160

SUMARIO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: REQUISITOS PROPIOS-CUESTIÓN NO CONSTITUCIONAL-FUNDAMENTACIÓN SUFICIENTE-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONTRATOS-TARJETA DE CRÉDITO-SUSTRACCIÓN DE TARJETA DE CRÉDITO-DENUNCIA: EFECTOS-CARGA PROBATORIA DINÁMICA

Es inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad interpuesto desde que los agravios no alcanzan a persuadir que la sentencia merezca reproche constitucional al considerar que el tema se inscribía en la órbita de la ley 24.240 que aboga toda norma que se le oponga, puntualizando que, de acuerdo a dicha directiva, la interpretación del contrato deberá hacerse en el sentido más favorable para el consumidor y en caso de dudas sobre los alcances de la obligación estar a la que sea menos gravosa.

Asimismo, refirió a las proyecciones de dicha concepción protectoria sobre el ruego procesal (consideró que según la regla de las cargas probatorias el “onus probandi” debía pesar sobre la parte fuerte de la relación) para evitar que mediante el recurso a las condiciones generales de contratación el

predisponente pueda trasladar al adherente la prueba de hechos cuya acreditación le corresponda y, aplicando aquellos conceptos al caso concluyó que en tanto la demandada había afirmado haber denunciado temporáneamente la sustracción de la tarjeta de crédito, la Banca actora, con las pruebas que arrimó, no pudo desmoronar aquella defensa, cuando sobre ella pesaba el máximo esfuerzo probatorio.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SANTA FE, SANTA FE

(GUTIERREZ - GASTALDI - (POR SUS FUNDAMENTOS DE PRIMER VOTO) NETRI - SPULER - VIGO)

BANCO RIO DE LA PLATA c/ MENNA, HECTOR RODOLFO Y CHIVILO, ANTONIA DOMINGA s/
RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-COBRO DE PESOS (EXPTE.: C.S.J. NRO. 4 AÑO 2003)
SENTENCIA del 16 DE MARZO DE 2005

Sumario nro. K0024268

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ENTIDADES FINANCIERAS-TARJETA DE CRÉDITO

Se verifica la transgresión al art. 19 de la ley 24.240 si la entidad bancaria no respeta su deber de enviar, periódicamente, el resumen de la tarjeta de crédito al cliente tal como está acordado en el contrato suscripto entre el banco y el consumidor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 19

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Grecco, Argentó.)

"Banco Francés S.A. c/ DNCI-DISP 264/02 (Expte 64-2684/98)".

SENTENCIA, 6372/03 del 7 DE OCTUBRE DE 2004

Identificación SAIJ: K0025104

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-MULTA:PROCEDENCIA-TARJETA DE CRÉDITO-TASAS DE INTERES

Es procedente la multa aplicada en los términos del art. 4 de la ley 24.240 al banco que se excede en la tasa de interés compensatorio aplicada en las financiaciones con tarjeta de crédito al quedar a la luz que la información sobre la tasa de interés compensatorio resulta no veraz toda vez que excede el límite establecido por el artículo 16 de la ley 25.065 (Cons. V).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 4, LEY 25.065 Art. 16

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 05 (Gallegos Fedriani, Moran.)

“BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA c/ DNCI-DISP. 201/06 (Expte SO1:193001/03)”.
SENTENCIA del 13 DE FEBRERO DE 2007

Identificación SAIJ: K0025105

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-MULTA-TARJETA DE CRÉDITO-TASAS DE INTERES

Al aplicar el banco una tasa de interés que excede el tope legal no ha respetado los términos y condiciones del servicio de tarjeta de crédito incumplido con el art. 19 de la ley 24.240 (Cons. VI).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 19

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 05 (Gallegos Fedriani, Moran.)

“BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA c/ DNCI-DISP. 201/06 (Expte SO1:193001/03)”.
SENTENCIA del 13 DE FEBRERO DE 2007

Identificación SAIJ: K0025089

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-MULTA-TARJETA DE CRÉDITO

Debe imponerse una multa por violación del art. 27 de la ley 25.065, ante el incumplimiento de la obligación de corregir el error incurrido o explicar los fundamentos de rechazo de la impugnación oportunamente presentada por el denunciante en el tiempo legal dado que la empresa emisora de la tarjeta y el banco no procedieron a modificar los resúmenes de cuenta de la tarjeta de crédito del consumidor en donde se le había contabilizado consumos no efectuados por él lo que produjo un excedente en el límite de su crédito.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 25.065 Art. 27

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 05 (Gallegos Fedriani, Moran.)

“BANCO ITAU BUEN AYRE S.A. -RDI c/ DNCI Disp 618/05 (Ex64-015011/01)”.
SENTENCIA del 6 DE FEBRERO DE 2007

XI | Contratos bancarios – Entidades bancarias

Sumario nro. N0022456

TEMA

MEDIDAS CAUTELARES-DELITOS INFORMATICOS-PHISHING-BANCOS-PROTECCION DEL

CONSUMIDOR

TEXTO

Debe ser confirmada la resolución que ordenó preventivamente al banco que se abstenga de efectuar descuentos sobre la cuenta de la actora, vinculados con ciertos préstamos, dado que la contratación electrónica, con todos sus beneficios, conlleva también riesgos que, en principio, deben recaer sobre el banco, que no solo es el creador del sistema, sino también quien lo administra en términos que deben garantizar a los usuarios la seguridad de las transacciones que se efectivizan en tal marco (arts. 1107, 1396 y 1725 CCCN).

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1107, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1396, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1725*

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Eduardo R. Machín - Julia Villanueva)
Koslowicz, Alejandra Verónica y otro c/ Banco BBVA Argentina S.A. y otro s/ sumarísimo s/ inc. art. 250
SENTENCIA del 16 DE JULIO DE 2021

Sumario nro. C2006497

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

En una causa tendiente a que se declare la nulidad o inexistencia de un préstamo personal preaprobado no solicitado y acreditado unilateralmente por una entidad bancaria, corresponde ordenar al banco demandado que se abstenga de realizar cualquier cobro o retención en la cuenta de la actora de las cuotas del préstamo otorgado, toda vez que la pretensión de la accionante se funda en el deficiente control ejercido por la entidad financiera para impedir la efectivización de la operación señalada, pudiéndose observar que las medidas de seguridad utilizadas por la demandada no resultaron eficaces para evitar la maniobra, desatendiendo los deberes que le impone su función de entidad financiera y su carácter de proveedora en una relación de consumo, por otro lado, tampoco incide la eventual negligencia o inexperiencia de la actora frente al suministro voluntario de datos, ya que la concurrencia eventual de responsabilidades no puede liberar al banco de los deberes generales de seguridad por él debidos, máxime cuando se trata de consumidores hipervulnerables.

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 22 , CIUDAD DE BUENOS AIRES,
CIUDAD DE BUENOS AIRES
(Maria Rosa Cilurzo)
C., R. L. c/ Banco Macro Sociedad Anónima s/ relación de consumo
SENTENCIA del 12 DE JULIO DE 2021

Sumario nro. C2006496

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-REAJUSTE DEL CONTRATO

TEXTO

Corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada y ordenar al Banco de la Ciudad de Buenos Aires ajustar la cuota del contrato de préstamo personal correspondiente a la actora a efectos de que no supere el 25% de su remuneración neta, toda vez que las comunicaciones emitidas por el BCRA tendientes a enumerar las obligaciones de las entidades bancarias en miras a garantizar la efectiva protección de los intereses económicos de los

usuarios en operaciones de servicios financieros, las previsiones del DNU 319/2020 (emergencia sanitaria), que dispone varias medidas como el congelamiento de las cuotas para los créditos hipotecarios y prendarios que se actualicen por UVA, la suspensión de las ejecuciones hipotecarias de los bienes adquiridos mediante estos créditos, la suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad de instancia en los procesos de ejecución hipotecaria y de créditos prendarios actualizados por UVA, entre otras, permiten inferir que este tipo de préstamos requiere, por lo menos en el marco de la pandemia, de un actuar estatal directo que equilibre la relación entre los particulares y las entidades financieras que los otorgan.

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 12, CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alejandra Beatriz Petrella)

P. S., C. C. c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Relación de Consumo

SENTENCIA del 7 DE JUNIO DE 2021

Sumario nro. I0081387

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-EJECUCIONES ESPECIALES-TARJETA DE CREDITO-COMISIONES-PROTECCION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

TEXTO

Tal como lo establecen las normas de Protección de los Usuarios del Sistema Financiero -p.2.3.2.1.- en consonancia con las disposiciones del CCC y la Ley 25065, están admitidas todas las comisiones, cargos, costos, gastos, seguros y/o cualquier otro concepto -excluyendo la tasa de interés- que los sujetos obligados perciban o pretendan percibir de los usuarios de servicios financieros ("comisiones y cargos"), en la medida que tengan origen en un costo real, directo y demostrable y estar debidamente justificados desde el punto de vista técnico y económico, en cuanto queden circunscriptas a la efectiva prestación de un servicio que haya sido previamente solicitado, pactado y/o autorizado por el usuario.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 25065

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES CIVIL COMERCIAL, GUALEGUAYCHU, ENTRE RIOS

Sala 01 (ANA CLARA PAULETTI - VALERIA M. BARBIERO de DEBEHERES)

Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur-Proconsumer c/ Compañía Financiera Argentina S.A. s/ ordinario

SENTENCIA del 24 DE ABRIL DE 2020

Sumario nro. I0081388

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-EJECUCIONES ESPECIALES-TARJETA DE CREDITO-COMISIONES-PROTECCION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

TEXTO

Los procesos colectivos vinculados con el cuestionamiento de cargos o comisiones de tarjetas de crédito, deben estar precedidos de una adecuada investigación acerca del ítem impugnado, medidas preliminares o prueba anticipada que permita exponer en juicio con claridad su ilegitimidad, y no por el contrario, en planteos que pase por alto la naturaleza de la comisión y el servicio que remuneraba, obviando así poner en evidencia si resultaba excesiva, abusiva o ilegítima, dejando fuera del alcance del tribunal revisor, examinar cuestiones que no fueron debatidas en la instancia de grado -art. 269 CPCC-, como lo es la razonabilidad del precio, o bien la compatibilidad y diferencias de servicios que retribuyen otras

comisiones.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 9.776 Art.269

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES CIVIL COMERCIAL , GUALEGUAYCHU, ENTRE RIOS
Sala 01 (ANA CLARA PAULETTI - VALERIA M. BARBIERO de DEBEHERES)
Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur-Proconsumer c/ Compañía Financiera Argentina S.A. s/
ordinario
SENTENCIA del 24 DE ABRIL DE 2020

Sumario nro. I0081390

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-EJECUCIONES ESPECIALES-TARJETA DE CREDITO-
COMISIONES-PROTECCION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

TEXTO

A tener de los arts. 1099 y 1100 del CCC, la fase precontractual debe contar con un especial esfuerzo de la empresa para ilustrar al cliente interesado acerca de las condiciones en las que se contrata el uso de la tarjeta de crédito, pero así como es claro que las comisiones y cargos deben ser detallados e indicados sus importes, no resulta una exigencia legal que se los defina o conceptualice en los contratos, por cuanto esa aclaración debería haber quedado zanjada de modo previo a la contratación, más allá de mantenerse latente la obligación de explicitación gratuita frente a reclamos de consumidores que lo interesen.

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1099 al 1100*

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES CIVIL COMERCIAL , GUALEGUAYCHU, ENTRE RIOS
Sala 01 (ANA CLARA PAULETTI - VALERIA M. BARBIERO de DEBEHERES)
Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur-Proconsumer c/ Compañía Financiera Argentina S.A. s/
ordinario
SENTENCIA del 24 DE ABRIL DE 2020

Sumario nro. I0081389

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-EJECUCIONES ESPECIALES-TARJETA DE CREDITO-
COMISIONES-PROTECCION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

TEXTO

Cuando en un proceso colectivo se alega que la comisión cobrada se superpone con otros conceptos percibidos por la misma entidad o el precio no es razonable, más allá del deber de colaboración que pesa sobre la accionada, tales aspectos son inherentes a la carga de postulación y prueba que compete en mayor medida a la Asociación reclamante.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES CIVIL COMERCIAL , GUALEGUAYCHU, ENTRE RIOS
Sala 01 (ANA CLARA PAULETTI - VALERIA M. BARBIERO de DEBEHERES)
Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur-Proconsumer c/ Compañía Financiera Argentina S.A. s/
ordinario
SENTENCIA del 24 DE ABRIL DE 2020

Sumario nro. B0962309

TEMA

DERECHO BANCARIO-PRESTAMO BANCARIO-ESTAFA-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Es fundamental en este estado de situación, es decir en el marco de la declaración de la pandemia, que los consumidores y usuarios sean objeto de protección por su condición de débiles jurídicos, tutela que debe darse en forma extendida, tanto en lo atinente a la protección de su vida, de su salud, de su dignidad, de sus intereses económicos, información adecuada, educación de sus derechos y del acceso en condiciones continuas a bienes y servicios necesarios para satisfacer sus derechos e intereses (arts. 42 C.N., 38 CPBA. 1, 2, 3, 5, 10 10bis y concds Ley 24240, t.o. Ley 26361, 100 Reglas de Brasilia, Secciones 1, 2, 3 y sigts).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.42, Ley 24.240 rt.1 al 3, Ley 24.240 Art.5, Ley 24.240 Art.10, Ley 24.240 Art.10, LEY 26.361, LEY 14.589 Art.38

FALLOS

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nro 25 , LA PLATA, BUENOS AIRES
(CARLOS JOSÉ CATOGGIO)
M. H. G. c/ Banco P. B. A. s/ medidas cautelares (traba/levantamiento)
SENTENCIA del 29 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. B0962310**TEMA**

DERECHO BANCARIO-PRESTAMO BANCARIO-ESTAFA-DERECOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

A efectos de cumplir con el recaudo de contracautela, en razón que el peticionante reviste la condición de consumidor, y la gratuidad establecida por las normas para los reclamos que realizan los consumidores, estimo justo y razonable establecer la caución juratoria que considero rendida con el escrito inicial de demanda (art. 195, 199 CPCC; art. 53 Ley Nacional 24.240).

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.195, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.199, Ley 24.240 Art.53*

FALLOS

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nro 25 , LA PLATA, BUENOS AIRES
(CARLOS JOSÉ CATOGGIO)
M. H. G. c/ Banco P. B. A. s/ medidas cautelares (traba/levantamiento)
SENTENCIA del 29 DE JULIO DE 2020

Identificación SAIJ : W0002676**TEMA**

INFRACCIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR
Corresponde condenar a una entidad bancaria a restituirle la tarjeta de crédito con las mismas características y en las mismas condiciones pactadas en el contrato y a resarcirlo por los daños y perjuicios derivados del accionar denunciado, pues no resulta acreditado que el demandado haya dado aviso con suficiente antelación de su decisión de no renovar el contrato respectivo, lo que evidencia que el incumplimiento del Banco surge incontestable y su decisión susceptible de reproche por su imprevisibilidad, más aún cuando el contrato venía renovándose en forma automática durante diecisiete años y la propia entidad calificó la conducta del actor como cliente del Banco y titular de la tarjeta como irreprochable.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SAN SALVADOR DE JUJUY, JUJUY

Sala 03 (Caballero - Issa - Cosentini)

Muñoz, Gustavo Enrique c/ Banco Francés S.A. s/ Acción emergente de la ley de Defensa del Consumidor

SENTENCIA del 10 DE AGOSTO DE 2016

Nro.Fallo: 16200005

Identificación SAIJ : A0076561

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-ACCIONES COLECTIVAS:REQUISITOS-DEBERES DEL JUEZ

Si la asociación civil actora inició contra diversas entidades bancarias otros procesos colectivos con idéntico objeto al de autos y éstos tramitaron ante distintos tribunales de, por lo menos, dos fueros de la Ciudad de Buenos Aires, y considerando que la multiplicación de procesos colectivos con un mismo objeto podría traer aparejado el riesgo de que se dictaran sentencias disímiles o contradictorias sobre una misma materia, se exhorta a los tribunales de grado a implementar adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la superposición de procesos y se hace saber a la actora que, en el futuro, deberá informar en forma clara e indubitable en su primera presentación procesal la iniciación de más de una acción colectiva con idéntico objeto.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA. Voto: PETRACCHI)

Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario

SENTENCIA del 24 DE JUNIO DE 2014

Nro.Fallo: 14000103

Identificación SAIJ : A0076560

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-LEGITIMACION PROCESAL-BANCOS

Corresponde confirmar la sentencia que revocó la resolución por la que se había admitido la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el banco demandado si el derecho cuya protección procura la actora es de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos y se encuentran cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada en el precedente "Halabi" (Fallos: 332:111) y del art. 52 de la ley 24.240 y se trata de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos - cuestionamiento del concepto "riesgo contingente" en algunos supuestos y cobro de una Tasa Efectiva Anual considerada abusiva-, y en tanto la pretensión está concentrada en los "efectos comunes" para toda la clase de los sujetos afectados y se enmarca dentro del objeto estatutario de la asociación actora. -El juez Petracchi, en voto individual, remitió a su voto en el precedente "PADEC"-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.52

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA. Voto: PETRACCHI)

Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario

SENTENCIA del 24 DE JUNIO DE 2014

Nro.Fallo: 14000103

Identificación SAIJ: D0013449

SUMARIO

BANCOS-CAJA DE AHORRO-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CONSUMIDORES

El padre del actor, fallecido el 5/5/98, celebró un contrato bancario de servicio de caja de ahorro con el Banco de la Nación Argentina S.A., sucursal Luis María Campos, siendo consumidor final de una relación que la doctrina y la jurisprudencia califican de consumo (confr. Stiglitz R.S., Defensa del consumidor. Los servicios bancarios y financieros, La Ley 1998-C-1035 y ss; Mosset Iturraspe J., El cliente de una entidad financiera —un banco— es un consumidor tutelado por la ley 24.240, Jurisprudencia Argentina 1999-II-841; Vázquez Ferreira R.A.y Romera O.E., La ley de defensa del consumidor en los contratos bancarios a la luz de un valioso precedente judicial, en La Ley 1996-C-1004/1007). No necesito profundizar en posiciones doctrinales para sostener que, frente al actor y su padre, el banco aparece como un prestador que se halla dedicado profesionalmente a la actividad de crédito activa y pasiva y a la actividad de asistencia financiera. Ello permite sustentar el estándar de apreciación de sus conductas en el art. 902 del Código Civil y, desde este enfoque, me parecen suficientemente demostradas la violación al deber de información y la frustración culposa de un derecho crediticio del cliente, como era el derecho del beneficiario del seguro a cobrarlo una vez ocurrido el siniestro.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 902, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (Dra. María Susana Najurieta - Dr. Francisco de las Carreras.)

QUERCIA ROBERTO JUAN AQUILES c/ BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.

SENTENCIA del 14 DE FEBRERO DE 2008

Sumario nro. N0011712

SUMARIO

CONTRATOS BANCARIOS-CONTRATO DE CAJA DE SEGURIDAD-DEFENSA DEL CONSUMIDOR:
PROCEDENCIA

Toda vez que los contratos de caja de seguridad son contratos de adhesión, sus cláusulas deben interpretarse restrictivamente —y en el sentido más favorable al adherente, la parte débil del contrato— y tener por no escritas las que desnaturalicen las obligaciones, limiten la responsabilidad o importen renuncia o restricción de sus derechos (Ley 24.240 art. 37 y conc.); Resultando plenamente aplicable al caso la ley de defensa del consumidor y los principios de ella derivados.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 37

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(MIGUEZ - VIALE - PEIRANO)
PIATIGORSKY, MARTHA c/ BANCO MERCANTIL ARG. SA s/ ORDINARIO. -
SENTENCIA del 20 DE DICIEMBRE DE 2000

Sumario nro. N0012495

SUMARIO

CONTRATOS BANCARIOS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INSTRUMENTOS PÚBLICOS- CONSENTIMIENTO

Cabe rechazar la demanda promovida contra una entidad bancaria, a fin de que se modifique el plazo de amortización de un préstamo garantizado con hipoteca, que el accionante solicitó con un plazo de 360 cuotas y en la escritura constitutiva se fijó en 240 cuotas; toda vez que, en el acto escriturario el peticionante calló su disconformidad y consintió expresamente los términos en que se concedió el préstamo al percibir los fondos que constituían el principio de ejecución del contrato; no pudiendo alegar publicidad engañosa, pues la propaganda efectuada por el banco hacia referencia al otorgamiento de créditos de hasta 360 cuotas, lo que no significaba que ese plazo fuera vinculante y su propuesta efectuada a través de la solicitud podía ser aceptada o no por aquella entidad; ni tampoco resulta aplicable lo previsto en la ley 24.240 art. 37, ya que el contrato de mutuo se celebró conjuntamente con la constitución del gravamen, concediéndose el préstamo dentro del plazo de 360 cuotas anunciado y se cumplió, en el acto escriturario, con el deber de información al dar íntegra lectura al texto de lo que se llevó a la calidad de instrumento público; además, si lo que se pretende es la nulidad del acto por haberse incurrido en falsedad ideológica, debió procederse de conformidad con lo previsto por el código civil respecto de estos instrumentos.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 37

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(GUERRERO - RAMIREZ - ARECHA.)
CAPON, DIEGO c/ BANCO FRANCES SA s/ SUMARIO.
SENTENCIA, 66885/01 del 9 DE JUNIO DE 2004

Sumario nro. N0011698

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR:ALCANCES-ENTIDADES BANCARIAS

La condición de orden público de los derechos de consumidores y usuarios obedece a la necesidad de fijar directrices para el mercado, desde una perspectiva realista, lo que impone al juez una

interpretación amplia, extensiva y sistemática del dispositivo legal. Y si bien la ley de defensa del consumidor no menciona explícitamente a las entidades bancarias —salvo en lo referente a los créditos para el consumo— éstas quedan incluidas dentro de las personas jurídicas mencionadas en su art. 2.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 2

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(PIAGGI - DIAZ CORDERO - BUTTY.)
COVA, RODOLFO JOSE c/ BANCO CAJA DE AHORRO SA s/ ORDINARIO.
SENTENCIA, 68695 del 1 DE ABRIL DE 2003

Sumario nro. K0023256

SUMARIO

RESPONSABILIDAD DEL BANCO: ALCANCES-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACIÓN-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Se transgrede el deber de información, si la entidad financiera no fija el arancel extra a abonar en caso de exceder el límite de transacciones para la tarjeta de débito.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Damarco, Garzón de Conte Grand, Herrera.)
HSBC Banco Roberts S.A c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI N° 622/99
SENTENCIA, 24.787 del 25 DE OCTUBRE DE 2001

Sumario nro. N0009755

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-ORDEN PÚBLICO-ENTIDADES BANCARIAS

La condición de orden público de los derechos de consumidores y usuarios obedece a la necesidad de fijar directrices para el mercado, desde una perspectiva realista, lo que impone al juez una interpretación amplia, extensiva y sistemática del dispositivo legal. Y si bien la ley de defensa del consumidor no menciona explícitamente a las entidades bancarias —salvo en lo referente a los créditos para el consumo— éstas quedan incluidas dentro de las personas jurídicas mencionadas en su art. 2

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 2

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
Sala B (PIAGGI - DIAZ CORDERO - BUTTY.)
COVA, RODOLFO JOSE c/ BANCO CAJA DE AHORRO SA s/ ORDINARIO.
SENTENCIA del 1 DE ABRIL DE 2003

Sumario nro. N0011702

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ORDEN PÚBLICO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-ENTIDADES BANCARIAS: ADMISIBILIDAD

El derecho del consumidor exhibe la crisis de decadencia de la concepción decimonónica, levantada sobre las bases de la igualdad y la libertad formales. La condición de orden público de los derechos de consumidores y usuarios obedece a la necesidad de fijar directrices para el mercado, desde una perspectiva realista, lo que impone al juez una interpretación amplia, extensiva y sistemática del dispositivo legal. Y si bien la Ley 24.240 no menciona explícitamente a las entidades bancarias -salvo en lo referente a los créditos para el consumo éstas quedan incluidas dentro de las personas jurídicas mencionadas en su artículo 2º.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 2, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(PIAGGI - DIAZ CORDERO.)

DERDERIAN, CARLOS c/ CITIBANK NA s/ SUMARIO

SENTENCIA, 30247 del 12 DE SETIEMBRE DE 2002

Sumario nro. N0010190

SUMARIO

CONTRATOS BANCARIOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PERSONAS JURIDICAS-BANCOS-INTERPRETACIÓN DE LA LEY

El derecho del consumidor exhibe la crisis de decadencia de la concepción decimonónica, levantada sobre las bases de la igualdad y la libertad formales. La condición de orden público de los derechos de consumidores y usuarios obedece a la necesidad de fijar directrices para el mercado, desde una perspectiva realista, lo que impone al juez una interpretación amplia, extensiva y sistemática del dispositivo legal. Y si bien la Ley 24.240 no menciona explícitamente a las entidades bancarias -salvo en lo referente a los créditos para el consumo estas quedan incluidas dentro de las personas jurídicas mencionadas en su artículo 2º

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 2, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala B (PIAGGI - DIAZ CORDERO.)

DERDERIAN, CARLOS c/ CITIBANK NA s/ SUMARIO.

SENTENCIA del 12 DE SETIEMBRE DE 2002

Sumario nro. N0010188

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-DAÑO MORAL-RESPONSABILIDAD DEL BANCO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DEUDOR: IMPROCEDENCIA

En una acción por la cual el pretensor reclama de un banco resarcimiento en concepto de daño moral por la incorrecta calificación de deudor moroso que le fuera imputada por el defendido, es de ponderar que no se puede merituar la conducta del accionado con los mismos parámetros aplicables a un neófito, pues su actividad profesional debe ajustarse a un “standard” de responsabilidad agravada. En tal sentido cabe precisar, que el CCIV. art. 954 admite una nueva lectura, en clave de consumidor; la inexperiencia es la ineptitud negocial, la falta de habitualidad en el intercambio y, la ligereza —antes contemplada como misteriosa o inadecuada— surge nítida en la sociedad actual. No es ocioso destacar que, el proveedor de bienes o servicios en estos tiempos no puede alegar el desconocimiento de errores o defectos, ni escudarse en su falta de intención maliciosa. Como sostiene Mosset Iturraspe el derecho del consumidor guarda relación íntima con el mercado y con sus “fallas”, cuanto mayor e importantes sean estos, mayor será el rol que debe desempeñar como ordenamiento tuitivo (Mosset Iturraspe, Jorge, “Introducción al Derecho del Consumidor”, en Revista del Derecho Privado y Comunitario Nº 5, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1996, Santa Fe, Págs. 14 y 55; Doctrina Societaria, Ed. Errepar, tomo XI, pag. 905). Proveedores probos, honestos, de buena fe, acostumbrados a transacciones en equilibrio, ven en este derecho la consagración de una ética empresarial, de una “moral negocial” que es buena, deseable y conveniente para toda la sociedad. El derecho del consumidor apunta a “limpiar el mercado”, a purificarlo, a superar sus vicios, sea en orden a la conducta de los que intervienen, sea en punto a usos y costumbres negociales (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, Ob. cit., Pág. 15). Como agudamente sostiene este autor, derechos y economía confluyen en esta temática y aportan lo suyo para concluir en una “utilidad y justicia”, en un lucro con equilibrio, en el cual prive la solidaridad negocial.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 954

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala B (PIAGGI - DIAZ CORDERO.)

DERDERIAN, CARLOS c/ CITIBANK NA s/ SUMARIO.

SENTENCIA del 12 DE SETIEMBRE DE 2002

.....

Identificación SAIJ: N0015425

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-CONTRATOS BANCARIOS-TARJETA DE CRÉDITO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

La entidad bancaria debe responder por la baja de la tarjeta de crédito de la accionante; toda vez que, si bien dicha entidad alega que al cierre de la tarjeta se dejó una deuda impaga que había sido financiada en doce cuotas, sin embargo el perito, si bien en su informe dice que la tarjeta se cerró y erradicó a gestión y mora por seis cuotas por una compra financiada, al contestar las impugnaciones formuladas por la accionante indicó que el plan de pagos en cuotas, a la fecha de cierre de la tarjeta, se hallaba con los pagos al día; con lo cual, por aplicación de la ley 24.240, cabe concluir que la tarjeta de crédito fue cerrada por el banco con motivo de la situación que generó en una cuenta corriente no operativa, desconocida por el cliente, con lo cual deberá responder por los daños que pudo causar su obrar.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala A (UZAL - KÖLLIKER FRERS.)

CORTES GUERRERI, DIEGO c/ BANCO FRANCES SA s/ ORDINARIO.

Identificación SAIJ: N0015019

SUMARIO

BANCOS-RESPONSABILIDAD DEL BANCO-DEBER DE INFORMACIÓN-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Sin perjuicio de haber sido admitida la deuda del accionante que refleja el último saldo de la cuenta que lo unía a la entidad bancaria demandada, cabe admitir la responsabilidad de ésta, derivada no del manejo irregular de la cuenta sino por incumplimiento de las obligaciones de información al cliente, en razón de haber omitido la descripción de los movimientos que justificaban el saldo y los réditos moratorios aplicados, y no haber respondido a los numerosos requerimientos efectuados por carta documento, haciendo necesario denunciar penalmente al gerente del banco para que se le informara el origen de esos débitos; tal conducta violatoria de las disposiciones que regulan las imposiciones y extracciones registradas (OPASI 2/88, regla 1.2.4.3 y Comunicación "A" 2329, regla 1.2.2.3) y del deber de información veráz, detallada, eficaz y suficiente que obliga a todos los prestadores de servicios a los consumidores (ley 24.240: 1, 2 y 4), genera responsabilidad de la entidad bancaria, en tanto ha ocasionado al cliente un daño moral que debe ser resarcido (cciv: 512, 519, 520 y 522 y ley 24.240: 40), mediante una indemnización justipreciada en la suma de \$ 1500, a la fecha de la sentencia (Cpr: 165).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 512, Ley 340 Art. 519, Ley 340 Art. 520, Ley 340 Art. 522, Ley 17.454 Art. 165, Ley 24.240 Art. 1, Ley 24.240 Art. 2, Ley 24.240 Art. 4, Ley 24.240 Art. 40

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(ARECHA - SALA - RAMIREZ.)

LOGLEN, JORGE c/ BBVA BANCO FRANCES SA s/ ORDINARIO.

SENTENCIA, 68303/03 del 16 DE AGOSTO DE 2007

Identificación SAIJ: N0014320

SUMARIO

**CONTRATOS BANCARIOS-CUENTAS BANCARIAS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-
INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-NOTIFICACIÓN**

El banco no puede aplicar nuevas comisiones, desde el día en que las fijó, sin previa notificación fehaciente a su cliente, la cual no puede suplirse con la publicación de los nuevos importes en la cartelera del banco (cfr. Barbier, E., "Contratación bancaria", t. 1, nº 90, p. 491, ed. 2002).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(DIEUZEIDE - HEREDIA.)

SAYI SA c/ BANKBOSTON NA s/ ORDINARIO.

SENTENCIA, 69729/03 del 7 DE MARZO DE 2007

Identificación SAIJ: N0014319

SUMARIO

CONTRATOS BANCARIOS-CUENTAS BANCARIAS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-
INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-NOTIFICACION

Las entidades financieras no deben adoptar decisiones que puedan afectar el funcionamiento de la cuenta o modificar el importe de las comisiones pactadas o debitar gastos, sin informar al cliente su contenido y los nuevos valores antes de su aplicación, mediante notificación fehaciente o, a través de su inclusión en el resumen o extracto de cuenta, y en caso de que no mediara contradicción del cliente las nuevas condiciones podrán aplicarse luego de transcurrido un lapso no inferior a treinta días desde que vence el plazo establecido para el envío o puesta a disposición de los resúmenes.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(DIEUZEIDE - HEREDIA.)

SAYI SA c/ BANKBOSTON NA s/ ORDINARIO.

SENTENCIA, 69729/03 del 7 DE MARZO DE 2007

XII | Contrato de transporte

Sumario nro. C2006499

TEMA

MEDIDAS CAUTELARES-CORONAVIRUS-IN DUBIO PRO CONSUMIDOR

TEXTO

En una causa iniciada con el objeto de obtener una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por una empresa de transportes aéreos que se negó a devolver el dinero abonado por pasajes aéreos que los actores no pudieron utilizar debido a la pandemia del Covid-19, resulta procedente disponer el embargo sobre las sumas de dinero que la accionada tenga depositadas en el sistema financiero hasta cubrir la suma abonada, toda vez que se encuentra acreditada la verosimilitud en el derecho en virtud de la prueba documental presentada que demuestra que los viajes fueron cancelados y que la compañía no ha hecho lugar a la solicitud de reembolsar los pasajes, y el peligro en la demora surge acreditado en atención al riesgo probable de que el demandado caiga en estado de insolvencia, lo que permite inferir que podría existir un peligro cierto de que, aún prosperando el reclamo judicial, la demandada no dispusiera de recursos suficientes para satisfacerlo.

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 2 , CIUDAD DE BUENOS AIRES,
CIUDAD DE BUENOS AIRES
(Roberto Andrés Gallardo)

M. I. y otros c/ Transportes Aéreos Portugueses SA s/ relación de consumo
SENTENCIA del 8 DE JULIO DE 2021

Sumario nro. J0045819

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-PROCEDENCIA DEL RECURSO-ARBITRARIEDAD-
DERIVACION NO RAZONADA DEL DERECHO VIGENTE-TRANSPORTE PUBLICO DE PASAJEROS-
DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD OBJETIVA-OBLIGACION DE SEGURIDAD-

DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

La respuesta de la Cámara -que entendió que si bien la responsabilidad del transportador es objetiva y con fundamento en el riesgo creado por el transporte, en el sub lite se encuentra acreditada la interrupción del nexo causal a raíz del acto ilícito imprevisible perpetrado por un tercero por el cual la empresa no debía responder- revela un defecto grave de argumentación que obliga a calificar como arbitrario al decisorio en recurso, desde que la Sala ha preterido que, siendo el contrato de transporte público de pasajeros un típico contrato de consumo, la obligación de seguridad a cargo de la empresa demandada adquiere tutela constitucional prevalente y debe ser valorada de acuerdo a las normas y principios atinentes al Derecho de los consumidores y usuarios; y es en ese marco que los magistrados debieron analizar si la demandada tuvo a su alcance la posibilidad de adoptar algún tipo de medida de prevención a fin de que el servicio sea prestado de manera regular, evitando la producción de un hecho como el que motivó la pretensión indemnizatoria del accionante. (Del voto del Dr. Falistocco, que hace mayoría. En disidencia: Dres. Gutiérrez y Spuler) - REFERENCIAS NORMATIVAS: Constitución nacional, artículo 42; Código de Comercio, artículo 184.-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 2.637 Art.184, Constitución de la Nación Argentina Art.42

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCCO - ERBETTA - RODIL)
DE FEO, MATIAS DAVID c/ TRANSPORTE GENERAL MANUEL BELGRANO S.A. s/ RECURSO DE
INCONSTITUCIONALIDAD (QUEJA ADMITIDA)
SENTENCIA del 27 DE FEBRERO DE 2020

Sumario nro. J0045820

TEMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL-TRANSPORTE DE PASAJEROS-OBLIGACION DE
SEGURIDAD-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la interpretación de la obligación de seguridad que tiene causa en el contrato de transporte de pasajeros, debe ser efectuada con sustento en el derecho a la seguridad previsto para los consumidores y usuarios en el artículo 42 de la Constitución nacional, y que la incorporación del vocablo seguridad en la Carta Magna, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso: la vida y la salud de los habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos. (Del voto del Dr. Falistocco, que hace mayoría. En disidencia: Dres. Gutiérrez y Spuler) - CITAS: CSJN: Fallos 331:819; 333:203 y 335:527. - REFERENCIAS NORMATIVAS: Constitución nacional, artículo 42.-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.42

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCCO - ERBETTA - RODIL)
DE FEO, MATIAS DAVID c/ TRANSPORTE GENERAL MANUEL BELGRANO S.A. s/ RECURSO DE
INCONSTITUCIONALIDAD (QUEJA ADMITIDA)
SENTENCIA del 27 DE FEBRERO DE 2020

Sumario nro. D0303377

TEMA

TRANSPORTE AEREO-SOBREVENTA DE PASAJES-INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL-RESPONSABILIDAD DE LA LINEA AEREA-PROTECCION DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Los pasajeros que adquirieron pasajes sobrevendidos recién toman conocimiento de dicha circunstancia cuando se presentan en los mostradores de la línea aérea sitios en los aeropuertos para embarcar en el vuelo contratado o a través de llamados telefónicos previos a la partida, por lo que se trata de una conducta unilateral abusiva y desprovista de buena fe. Por lo tanto, corresponde admitir la responsabilidad de la compañía aérea accionada respecto de todos los usuarios pasajeros que acrediten debidamente haber sido perjudicados con la práctica comercial conocida como overbooking desde los dos años previos a la interposición de la demanda

FALLOS

UZGADO NACIONAL DE 1ra INST. EN LO CIVIL Y COM. FEDERAL Nro 10 , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Marcelo Bruno Dos Santos)

Proconsumer c/ Compañía Panameña de Aviación S.A. s/ sumarísimo

SENTENCIA del 19 DE JUNIO DE 2020

Sumario nro. A0079787

TEMA

TRANSPORTE DE PASAJEROS-CONTRATO DE TRANSPORTE-SEGURO CON FRANQUICIA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-APLICACION DE LA LEY-JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

TEXTO

Los argumentos referentes a la aplicación de la ley de Defensa del Consumidor, según la modificación de la ley 26.361, resultan insuficientes para modificar el criterio de la Corte - precedentes "Nieto", "Villarreal" y "Cuello" (Fallos: 329:3054 y 3488; 331:379 y 330:3483), en las causas CSJ 166/2007 (43-0)/CS1 "Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y otros" y CSJ 327/2007 (43-G)/CS1 "Gauna, Agustín y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro", sentencias del 4 de marzo de 2008, y en la causa "Nieto, Nicolasa del Valle" (Fallos: 334:988), respecto del alcance de la franquicia estipulada en el contrato de seguro del transporte público de pasajeros.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.361

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosenkrantz - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti)

Recurso de hecho deducido por la citada en garantía en la causa Sulca, Yolanda Noemí c/ Transporte Automotor Plaza S.A.C.I. y otro s/ daños y perjuicios

SENTENCIA del 2 DE JULIO DE 2020

Identificación SAIJ : W0002614

TEMA

AGENCIA DE TURISMO-DAÑOS Y PERJUICIOS-PASAJE AEREO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-TRANSPORTE AEREO DE PASAJEROS

La agencia de turismo no debe responder por los daños y perjuicios derivados de la cancelación de un vuelo en razón del cese de las operaciones de la aerolínea, en su carácter de intermediaria en la compra y venta del pasaje aéreo, pues si bien la actora invoca que la relación contractual se encuentra amparada por la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240), se advierte que las cuestiones relativas al transporte aéreo de

pasajeros se regulan por las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, por la ley mencionada. Asimismo, el art. 14 del decreto 2182/72 preceptúa que no mediando culpa, dolo o negligencia, las agencias de viaje quedan eximidas de toda responsabilidad frente al usuario, en tanto quedó demostrado que la demandada cumplió con el deber de información y colaboración que exige el principio de buena fe.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, DECRETO NACIONAL 2.182/1972

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SAN SALVADOR DE JUJUY, JUJUY
(María Silvia Bernal - Sergio Marcelo Jenefes - Sergio Ricardo González - Clara Aurora De Langhe de Falcone - José Manuel del Campo)
Castaño, Genara Rosalva c/ Mundo Tours S.R.L. ME & FE TOURS
SENTENCIA del 3 DE DICIEMBRE DE 2014
Nro.Fallo: 14200047

Identificación SAIJ : A0076559

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-TRANSPORTE FERROVIARIO-TRANSPORTE PUBLICO DE PASAJEROS-EMERGENCIA ECONOMICA

Corresponde revocar la sentencia que rechazó la acción interpuesta por la Unión de Usuarios y Consumidores -en los términos del art. 55 de la Ley de Defensa del Consumidor- contra Trenes de Buenos Aires S.A. (TBA), el Estado Nacional y la Comisión Nacional de Regulación del Transporte ya que el art. 42 de la Constitución Nacional revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables y garantiza un estándar mínimo de calidad que todo servicio público debe cumplir -sin que las razones de emergencia puedan servir de fundamento para sacrificar los derechos del individuo en pos de la supervivencia de las instituciones del gobierno- y el pronunciamiento recurrido se apartó, sin razones fundadas, de la abundante prueba producida en el expediente. -El juez Fayt, en disidencia, consideró que el recurso extraordinario era inadmisibles (art. 280 CPCCN)-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 17.454 Art.280, Ley 24.240 Art.55

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, PETRACCHI, MAQUEDA. Disidencia: FAYT)
Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN - M° V E Inf. - Sec. Transporte - dto. 104/01 y otros s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2º, CPCC)
SENTENCIA del 24 DE JUNIO DE 2014
Nro.Fallo: 14000102

Identificación SAIJ : A0076563

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DEFENSOR DEL PUEBLO-TRANSPORTE FERROVIARIO-TRANSPORTE PUBLICO DE PASAJEROS-PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO-PERSONAS CON DISCAPACIDAD-EXCESIVO RIGOR FORMAL

La sentencia que rechazó la acción de amparo promovida por el Defensor del

Pueblo de la Nación contra Trenes de Buenos Aires S.A. (TBA) a fin de que se preste el servicio de transporte ferroviario en forma digna y eficiente y que garantice el desplazamiento de personas con discapacidades, de acuerdo con lo establecido por el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional y la ley 24.314, de Accesibilidad de Personas con Movilidad Reducida y contra el Estado Nacional para que ejecute los controles y acciones necesarias, constituye un exceso de rigor formal ya que los jueces -al rehusarse a dirimir los planteos propuestos- no tuvieron en cuenta la abundante actividad probatoria producida por las partes, que resulta claramente conducente para la decisión del fondo del asunto, máxime si se había dispuesto la suspensión de los plazos procesales por el transcurso de dos años, con sustento en que existía un expediente análogo, en el que se habían ordenado medidas probatorias para mejor proveer.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.75, Ley 24.314

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, PETRACCHI, MAQUEDA. Voto: FAYT)

Defensor del Pueblo de la Nación c/ Trenes de Buenos Aires (TBA) y otro s/ amparo ley 16.986

SENTENCIA del 24 DE JUNIO DE 2014

Nro.Fallo: 14000105

Identificación SAIJ : F0084249

TEMA

TRANSPORTE DE PASAJEROS-RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA-PRUEBA-RELACION DE CONSUMO

La cooperativa encargada de la venta de pasajes para el transporte fluvial de pasajeros debe responder por las lesiones que sufrió una pasajera tras incendiarse la unidad, ello por cuanto la ley de Defensa del Consumidor excede aquel límite del contrato entendido como mero acuerdo de voluntades y avanza sobre el concepto de relación de consumo, en los términos del art. 42 de la Constitución Nacional, por lo que, la obligación de seguridad que la norma establece en su art. 5 a cargo de quien provee el servicio se aplica aún en los casos en los que exista un mero contacto social entre consumidor y empresario.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.5

FALLOS

JUZGADO CIVIL, COMERCIAL, MINERIA Y SUCESIONES Nro 3 , VIEDMA, RIO NEGRO

(Calvetti)

Manuel Zunilda, Aurora c/ Campisi, Fernando Oscar y otro s/ ordinario

SENTENCIA del 6 DE NOVIEMBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13052096

Sumario: A0073082

SUMARIO

CONTRATO DE TRANSPORTE-TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS-RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA FERROVIARIA-OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD-DERECOS DEL CONSUMIDOR

La interpretación de la extensión de la obligación de seguridad que tiene causa en el contrato de transporte de pasajeros, integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Código de Comercio, debe ser efectuada con sustento en el derecho a la seguridad previsto constitucionalmente para los consumidores y usuarios (art. 42, Constitución Nacional) y dicho concepto debe ser entendido como un valor que no solo debe guiar la conducta del Estado sino también la de los organizadores de actividades que, directa o indirectamente, se vinculan con la vida o la salud de las personas.

REF. NORMATIVAS:

Código Comercial Art.184

Constitución Nacional (1994) Art.42

DATOS DEL FALLO

Fuente : OFICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL.

(Mayoría: Lorenzetti, Fayt, Maqueda, Zaffaroni. Abstencion: Highton de Nolasco, Petracchi, Argibay)

Montaña, Jorge Luis c/ Transportes Metropolitanos General San Martín s/ daños y perjuicios.

SENTENCIA del 3 de Mayo de 2012

Identificación SAIJ: A0070443

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-TRANSPORTE DE PASAJEROS-ACCIDENTE EN TRANSPORTE SUBTERRANEO-OBLIGACION DE SEGURIDAD

El ciudadano común que accede a un vagón de subterráneos tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad. (Sumario confeccionado por el SAIJ)

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI)

Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A. s/ Recurso de hecho deducido por la actora.

SENTENCIA del 22 DE ABRIL DE 2008

Identificación SAIJ: A0070441

SUMARIO

CONTRATO DE TRANSPORTE-TRANSPORTE DE PASAJEROS-OBLIGACION DE SEGURIDAD-DERECOS DEL CONSUMIDOR-INTERPRETACIÓN DE LA LEY

La interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Código de Comercio, debe ser

efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios. (Sumario confeccionado por el SAIJ)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 2.637 Art. 184

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI)

Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A. s/ Recurso de hecho deducido por la actora.

SENTENCIA del 22 DE ABRIL DE 2008

Identificación SAIJ: A0070442

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CONTRATO DE TRANSPORTE-TRANSPORTE DE PASAJEROS-ACCIDENTE EN TRANSPORTE SUBTERRANEO

Los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial. Un comerciante exigiría a un colega una serie de pruebas y de información para celebrar un contrato de transporte de mercaderías valiosas, y si no lo hace, no podrá invocar su propia torpeza. En cambio, el usuario de un servicio de subterráneos, que sale del vagón rodeado de gente, sin poder ver siquiera el piso, apretujado y empujado hacia la salida, no puede desempeñar el mismo estándar de diligencia. (Sumario confeccionado por el SAIJ)

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia) - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI)

Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A. s/ Recurso de hecho deducido por la actora.

SENTENCIA del 22 DE ABRIL DE 2008

Identificación SAIJ: H0000634

SUMARIO

CONTRATO DE TRANSPORTE-TRANSPORTE AEREO-DAÑOS Y PERJUICIOS-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA-CODIGO AERONAUTICO-EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD-HUELGA-INDEMNIZACION DEL DAÑO-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-DAÑO MATERIAL-DAÑO MORAL-COSTAS AL VENCIDO

No fue controvertido en autos la existencia, términos y características del contrato de transporte; como así tampoco la huelga, el incumplimiento derivado de ésta y la rotura del equipaje. Por lo tanto al encontrarse debidamente reconocida ésta última circunstancia, y toda vez que se ha descartado la eximente de responsabilidad esgrimida por la demandada, considero procedente la indemnización fijada en la sentencia en crisis, de \$350,00 en concepto de reparación de los daños sufridos en el equipaje.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN

Sala 03 (Fernando M. Ghisini Marcelo J. Medori)

González, María del Carmen y otro. c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ D. y P Res. contractual particulares.

SENTENCIA, 347625/7 del 17 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: H0000632

SUMARIO

CONTRATO DE TRANSPORTE-TRANSPORTE AEREO-DAÑOS Y PERJUICIOS-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA-CODIGO AERONAUTICO-EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD-HUELGA-INDEMNIZACION DEL DAÑO-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-DAÑO MATERIAL-DAÑO MORAL-COSTAS AL VENCIDO

La parte demandada cuestiona que se haya fundado su responsabilidad bajo los lineamientos de la Ley Nacional Nro. 24.240, cuando, a su entender, existe una norma específica como el Código Aeronáutico.

Las consideraciones introducidas por el apelante no pueden tener andamio favorable, principalmente si se tiene en cuenta que ellas no han sido introducidas oportunamente en la instancia de grado de manera clara y fundada.

Además, constituye una carga ineludible del recurrente fundar correctamente, en base a las pruebas aportadas en la causa, la incidencia que hubiera tenido la aplicación de la normativa por él invocada a los fines de la atribución de responsabilidad. Situación ésta que a mi entender no ha sido expresada, toda vez que dicho requisito no puede ser suplido por la referencia meramente general efectuada.

Por otra parte, sea uno u otro el régimen aplicable a este caso, entiendo que al no resultar controvertido el contrato de transporte celebrado entre las partes, como tampoco la rotura del equipaje, ni la existencia de la huelga, estaba a cargo de Aerolíneas Argentina S.A. probar fehacientemente la causal de exoneración de responsabilidad invocada, carga que no ha cumplido.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.285, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN

Sala 03 (Fernando M. Ghisini Marcelo J. Medori)

González, María del Carmen y otro. c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ D. y P Res. contractual particulares.

SENTENCIA, 347625/7 del 17 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: H0000633

SUMARIO

CONTRATO DE TRANSPORTE-TRANSPORTE AEREO-DAÑOS Y PERJUICIOS-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA-CODIGO AERONAUTICO-EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD-HUELGA-INDEMNIZACION DEL DAÑO-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-DAÑO MATERIAL-DAÑO MORAL-COSTAS AL VENCIDO

La empresa con anterioridad a la cancelación del vuelo AR1141 no era ajena a la posibilidad que la huelga que comenzó el 24 de noviembre de 2005 pudiera llegar a extenderse, de allí que comunica la posible cancelación o retrasos de los vuelos correspondientes a los días: 27/28 y 29 del mismo mes. Por lo tanto, en el caso bajo estudio, entiendo que la huelga no constituyó un hecho impredecible o ajeno a la firma, en relación a los vuelos que tenía programados con posterioridad a su comienzo. La orden emitida por el Ministerio de Trabajo a los fines de reanudar el servicio no es suficiente para eximir de responsabilidad a la sociedad Aerocomercial, pues también estaba dentro de las posibilidades previsibles el hecho de que dicha orden —como ocurre normalmente en la mayoría de los casos— no fuera acatada por el personal.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN

Sala 03 (Fernando M. Ghisini Marcelo J. Medori)

González, María del Carmen y otro. c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ D. y P Res. contractual particulares.

SENTENCIA, 347625/7 del 17 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: H0000635

SUMARIO

CONTRATO DE TRANSPORTE-TRANSPORTE AEREO-DAÑOS Y PERJUICIOS-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA-CODIGO AERONAUTICO-EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD-HUELGA-INDEMNIZACION DEL DAÑO-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-DAÑO MATERIAL-DAÑO MORAL-COSTAS AL VENCIDO

Si bien en la orbita de la responsabilidad contractual el acogimiento del daño moral es de interpretación restringida, advierto que el caso presenta ciertas particularidades que ameritan su viabilidad. Si se tiene en cuenta el retraso experimentado, la rotura de la valija y la imposibilidad de asistir al cumpleaños de la nieta de la actora, como así la imposibilidad de cumplir con sus demás compromisos (conforme lo relatado en los testimonios de fs. 86 y vta. y 87 y vta.), fácil resulta concluir que éstos — en función de tales situaciones vividas— se han visto afectados anímicamente.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN

Sala 03 (Fernando M. Ghisini Marcelo J. Medori)

González, María del Carmen y otro. c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ D. y P Res. contractual particulares.

SENTENCIA, 347625/7 del 17 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: H0000887

SUMARIO

CONTRATO DE TRANSPORTE-TRANSPORTE AEREO-DAÑOS Y PERJUICIOS-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA-CÓDIGO AERONÁUTICO-EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD-HUELGA-INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-DAÑO MATERIAL-DAÑO MORAL-COSTAS AL VENCIDO

La parte demandada cuestiona que se haya fundado su responsabilidad bajo los lineamientos de la Ley Nacional Nro. 24.240, cuando, a su entender, existe una norma específica como el Código Aeronáutico.

...] las consideraciones introducidas por el apelante no pueden tener andamio favorable, principalmente si se tiene en cuenta que ellas no han sido introducidas oportunamente en la instancia de grado de manera clara y fundada.

Además, constituye una carga ineludible del recurrente fundar correctamente, en base a las pruebas aportadas en la causa, la incidencia que hubiera tenido la aplicación de la normativa por él invocada a los fines de la atribución de responsabilidad. Situación ésta que a mi entender no ha sido expresada, toda vez que dicho requisito no puede ser suplido por la referencia meramente general efectuada.

Por otra parte, sea uno u otro el régimen aplicable a este caso, entiendo que al no resultar controvertido el contrato de transporte celebrado entre las partes, como tampoco la rotura del equipaje, ni la existencia de la huelga, estaba a cargo de Aerolíneas Argentina S.A. probar fehacientemente la causal de exoneración de responsabilidad invocada, carga que no ha cumplido.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN
Sala 03 (Fernando M. Ghisini Marcelo J. Medori)

González, María del Carmen y otro. c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ D. y P. Res. contractual
particulares.

SENTENCIA, 347625/7 del 17 DE JUNIO DE 2008

.....
Identificación SAIJ: H0000888

SUMARIO

CONTRATO DE TRANSPORTE-TRANSPORTE AÉREO-DAÑOS Y PERJUICIOS-LEY DE DEFENSA
DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA-CÓDIGO AERONÁUTICO-
EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD-HUELGA-INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO-RESPONSABILIDAD
CONTRACTUAL-DAÑO MATERIAL-COSTAS AL VENCIDO

La empresa con anterioridad a la cancelación del vuelo AR1141 no era ajena a la posibilidad que la huelga que comenzó el 24 de noviembre de 2005 pudiera llegar a extenderse, de allí que comunica la posible cancelación o retrasos de los vuelos correspondientes a los días: 27/28 y 29 del mismo mes. Por lo tanto, en el caso bajo estudio, entiendo que la huelga no constituyó un hecho impredecible o ajeno a la firma, en relación a los vuelos que tenía programados con posterioridad a su comienzo. La orden emitida por el Ministerio de Trabajo a los fines de reanudar el servicio no es suficiente para eximir de responsabilidad a la sociedad Aerocomercial, pues también estaba dentro de las posibilidades previsibles el hecho de que dicha orden —como ocurre normalmente en la mayoría de los casos— no fuera acatada por el personal.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN
Sala 03 (Fernando M. Ghisini Marcelo J. Medori)

González, María del Carmen y otro. c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ D. y P. Res. contractual
particulares.

SENTENCIA, 347625/7 del 17 DE JUNIO DE 2008

.....
Identificación SAIJ: H0000889

SUMARIO

CONTRATO DE TRANSPORTE-TRANSPORTE AEREO-DAÑOS Y PERJUICIOS-LEY DE DEFENSA
DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA-CODIGO AERONAUTICO-

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD-HUELGA-INDEMNIZACION DEL DAÑO-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-DAÑO MATERIAL-DAÑO AL EQUIPAJE-DAÑO MORAL-COSTAS AL VENCIDO

No fue controvertido en autos la existencia, términos y características del contrato de transporte; como así tampoco la huelga, el incumplimiento derivado de ésta y la rotura del equipaje. Por lo tanto al encontrarse debidamente reconocida ésta última circunstancia, y toda vez que se ha descartado la eximente de responsabilidad esgrimida por la demandada, considero procedente la indemnización fijada en la sentencia en crisis, de \$350,00 en concepto de reparación de los daños sufridos en el equipaje.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN

Sala 03 (Fernando M. Ghisini Marcelo J. Medori)

González, María del Carmen y otro. c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ D. y P. Res. contractual particulares.

SENTENCIA, 347625/7 del 17 DE JUNIO DE 2008

.....
Identificación SAIJ: H0000890

SUMARIO

CONTRATO DE TRANSPORTE-TRANSPORTE AÉREO-DAÑOS Y PERJUICIOS-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA-CÓDIGO AERONÁUTICO-EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD-HUELGA-INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-DAÑO MATERIAL-COSTAS AL VENCIDO

Si bien en la orbita de la responsabilidad contractual el acogimiento del daño moral es de interpretación restringida, advierto que el caso presenta ciertas particularidades que ameritan su viabilidad. Si se tiene en cuenta el retraso experimentado, la rotura de la valija y la imposibilidad de asistir al cumpleaños de la nieta de la actora, como así la imposibilidad de cumplir con sus demás compromisos (conforme lo relatado en los testimonios de fs. 86 y vta. y 87 y vta.), fácil resulta concluir que éstos — en función de tales situaciones vividas— se han visto afectados anímicamente.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN

Sala 03 (Fernando M. Ghisini Marcelo J. Medori)

González, María del Carmen y otro. c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ D. y P. Res. contractual particulares.

SENTENCIA, 347625/7 del 17 DE JUNIO DE 2008

XIII | Seguros

Identificación SAIJ : A0076562

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-LEGITIMACION PROCESAL-SEGUROS

Corresponde revocar la sentencia que hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada y rechazó la demanda iniciada por una asociación civil contra una compañía de seguros con el objeto de que se le ordenara cesar en la práctica de cobrar a sus clientes, en los contratos de seguro con cobertura patrimonial, intereses sobre las cuotas

de la prima que no se encontraban vencidas al momento en que se producía el siniestro, ya que el derecho cuya protección se procura es de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos, la pretensión está concentrada en los "efectos comunes" para toda la clase involucrada y de no reconocerse legitimación procesal a la demandante podría comprometerse seriamente el acceso a justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir. - El juez Petracchi, en voto individual, remitió a su voto en el precedente "Padec"-.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA. Voto: PETRACCHI)

Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario

SENTENCIA del 24 DE JUNIO DE 2014

Nro.Fallo: 14000104

Identificación SAIJ : F0084250

TEMA

RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-COBERTURA

La compañía aseguradora no debe cubrir los daños derivados del incendio que provocó una embarcación asegurada, la cual estaba destinada al transporte de pasajeros, pues el asegurador se obligó a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero como consecuencia de responsabilidad civil extracontractual, circunstancia ésta que no resulta aplicable al caso por cuanto la responsabilidad que aquí se endilga, si bien es objetiva, surge del marco contractual al que se agregó además, sin salir de ese parámetro, lo relativo a la aplicación de la LDC

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

JUZGADO CIVIL, COMERCIAL, MINERIA Y SUCESIONES Nro 3 , VIEDMA, RIO NEGRO

(Calvetti)

Manuel Zunilda, Aurora c/ Campisi, Fernando Oscar y otro s/ ordinario

SENTENCIA del 6 DE NOVIEMBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13052096

Identificación SAIJ : B0956576

TEMA

CLAUSULA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-INTERPRETACION DEL CONTRATO

Por imperio del art. 37 de la ley 24.240, existiendo clausulas ambiguas en la póliza de seguro, la interpretación del contrato debe favorecer al asegurado, trasladándose al asegurador las consecuencias que se derivan de la imprecisión o ambigüedad de la cláusula, por asumir su autoría y tratarse de un profesional con experiencia y aptitud técnica.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.37

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

Sala 03 (Gérez - Zampini)

G. , Griselda Debora c/ Club Atlético Once Unidos y otros s/ daños y perjuicios

SENTENCIA del 9 DE MAYO DE 2013

Nro.Fallo: 13010161

Identificación SAIJ : B0956674

TEMA

SEGURO COLECTIVO:PRINCIPIOS-PRIMA-CONTRATOS DE CONSUMO:REGIMEN JURIDICO
Si bien la ley de seguro no hace mención al deber de información a los asegurados, el art. 42 CN garantiza a los consumidores y usuarios de bienes y servicios el derecho, en la relación de consumo, a una información adecuada y, por ello, la eventual oponibilidad de la defensa de falta de pago de la prima al beneficiario del seguro colectivo de vida se encuentra subordinada a un mínimo de publicidad.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (JUNIN) , JUNIN, BUENOS AIRES

(Guardiola - Castro Durán)

Fava, Olga Susana c/ Provincia Seguros S.A. s/ Cumplimiento de Contratos Civiles y Comerciales

SENTENCIA del 3 DE OCTUBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13010210

.....

Identificación SAIJ: H0000785

SUMARIO

SEGUROS-SEGURO DE VIDA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PROCESO SUMARISIMO

La resolución recurrida, en cuanto resuelve dar trámite sumarísimo al presente por aplicación del art. 53 de la ley 24.240, se ajusta a derecho y no conculca ni restringe indebidamente la defensa del recurrente, en tanto que atiende a la naturaleza alimentaria de la prestación que se pretende y responde al paradigma de eficacia judicial.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 53

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN

Sala 01 (Lorenzo W. García Luis E. Silva Zambrano)

Identificación SAIJ: Z0016676

SUMARIO

SEGUROS-INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO-ALCANCE DE LA COBERTURA-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Cuando la redacción de la cláusula predispuesta por el asegurador, dada su ambigüedad, ofrece dudas en punto a la extensión de su garantía, la interpretación del contrato debe favorecer al asegurado (art. 37, Ley 24.240), trasladándose al asegurador (predisponente) las consecuencias que derivan no solo de la imprecisión o vaguedad empleados en el lenguaje y en los conceptos, sino porque asumió (autoría) los riesgos de la redacción de la póliza en su condición de profesional y bajo la presunción irrefragable de contar con experiencia y aptitud técnica.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 37

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO
(ARGIBAY-JUAREZ CAROL-LLUGDAR-RIMINI OLMEDO
LOTO EMETERIO c/ CUPALEN S.R.L. Y/O RESPONSABLE s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACION CIVIL
SENTENCIA, 24201 del 30 DE SETIEMBRE DE 2009

Identificación SAIJ: C0405866

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-ACCIDENTE DE TRÁNSITO-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: IMPROCEDENCIA-LEY DE SEGUROS

Es improcedente entablar la acción de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito en las normas de la ley de defensa del consumidor en tanto, si bien esa normativa tiene reglas protectoras y correctoras, deben estimarse complementarias y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos de fondo y la ley 17.418. Así pues, es que pese a la reforma de la ley 26.361, en caso de incompatibilidad de ambos regímenes, tiene preeminencia la citada ley y otros ordenamientos normativos sobre el plexo legal.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 17.418, LEY 26.361

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL
(BRILLA DE SERRAT, ABREUT DE BEGHER.)
BENÍTEZ, Lucas Marcelo c/ SOTO, Roque Orlando y otros s/ DAÑOS YPERJUICIOS.
SENTENCIA del 17 DE MAYO DE 2010

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SEGUROS-APLICACIÓN DE LA LEY-INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Se ha sostenido que: "...no existe una colisión, sino que la superposición provocaría en ciertos casos una más amplia tutela de los derechos del asegurado consumidor (...) según la interpretación sistemática superadora de esta aparente contradicción o superposición, de sentido sumario, toda la tutela que la Ley de Seguros confiere al asegurado es el piso o mínimo y en los casos en que la relación contractual asegurativa pueda ser calificada de relación de consumo, se suman como techo las normas protectivas de máxima, que provienen de la denominada Ley de Defensa del Consumidor (...).

Esta interpretación sistemática permite apreciar finalmente que queda incólume la autonomía del derecho de seguro y que el mismo abre generosamente la posibilidad, poniendo en evidencia su dinamismo para adaptarse a los cambios sociales y económicos."

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SUS FUNDAMENTOS: LUTZ: F0015374; F0020761; F0016188; F0017807; F0017808; F0017809; F0017810; F0017811; F0017812; F0017813; F0017814; F0017815; F0017816; F0017817; F0017818; F0017819; F0017820; F0017821; F0017822; F0017823; F0017824 y F0017825))

B., L. C. c/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LIMITADA DE SEGUROS GENERALES s/ RECURSO s/ CASACION

SENTENCIA, 0000000016 del 29 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0017818

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SEGUROS-SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN

Hay que destacar respecto a la autoridad de control administrativo competente, que con el sistema instaurado por la Ley Nro. 24.240 se ha generado una doble instancia de control administrativo, la Superintendencia de Seguros de la Nación y la Secretaría de Industria y Comercio (Dirección de Comercio Interior en el caso de la Provincia), estableciéndose además la posibilidad de que una actúe cuando no lo ha hecho la otra, e incluso que ambos controles sean revisados en sede judicial.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SUS FUNDAMENTOS: LUTZ: F0015374; F0020761; F0016188; F0017807; F0017808; F0017809; F0017810; F0017811; F0017812; F0017813; F0017814; F0017815; F0017816; F0017817; F0017818; F0017819; F0017820; F0017821; F0017822; F0017823; F0017824 y F0017825))

B., L. C. c/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LIMITADA DE SEGUROS GENERALES s/ RECURSO s/ CASACION

SENTENCIA, 0000000016 del 29 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. N0009797

SUMARIO

SEGUROS-SEGURO DE VIDA-RESPONSABILIDAD DEL BANCO-RESCISIÓN DEL CONTRATO-
PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-BENEFICIARIO DEL SEGURO-ASEGURADORA-PRINCIPIO DE
IGUALDAD

La entidad bancaria tomadora de seguros de vida colectivo para sus clientes que, dada su capacidad técnica y solvencia económica, ha contratado desde una posición de igualdad jurídica y económica con la aseguradora, es responsable por los términos en que fue celebrado el contrato y por su rescisión, si al serle comunicada esta por la aseguradora absorbente se limitó a notificárselo a los beneficiarios y, no sólo omitió rechazar por carta documento la rescisión contractual sino que tampoco actuó con la diligencia del "buen profesional", exigiendo la cobertura para los clientes excedidos de edad, atento el perjuicio y desprotección que ello producía a gran número de adherentes longevos, a quienes les estaba vedado acceder a otro seguro de vida, no obstante haber abonado mensualmente primas durante once años, mediante débito en su cuenta de caja de ahorro para ser pagadas al asegurador.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
Sala A (MIGUEZ - VIALE - PEIRANO.)
CORSO, FELIPE c/ BBVA BANCO FRANCES Y OTRO s/ SUMARIO.
SENTENCIA del 24 DE MARZO DE 2003

.....
Sumario nro. N0009801

SUMARIO

SEGUROS-SEGURO COLECTIVO-RESCISION UNILATERAL-RESPONSABILIDAD DEL BANCO-
ASEGURADORA-SOLIDARIDAD-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Si un contrato de seguro colectivo facultativo tomado por una entidad bancaria en beneficio de sus clientes, fue rescindido unilateralmente por la aseguradora absorbente sin que la tomadora rechazara la rescisión, desatendiendo su obligación de seguridad, corresponde condenar a ambas entidades en forma solidaria a mérito de lo dispuesto por la Ley 24.240 art 40, a restituir la suma de \$ 20.000, equivalente al valor de rescate, con mas los intereses y costas tal como fueron impuestos por el juez de grado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 40

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
Sala A (MIGUEZ - VIALE - PEIRANO.)
CORSO, FELIPE c/ BBVA BANCO FRANCES Y OTRO s/ SUMARIO.
SENTENCIA del 24 DE MARZO DE 2003

.....
Sumario nro. K0024289

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SANCIONES ADMINISTRATIVAS-APERCIBIMIENTO
(ADMINISTRATIVO)-SEGUROS

Debe confirmarse la sanción de apercibimiento que la Dirección Nacional de Comercio Interior, en los términos de la ley 24.240 impuso a la empresa aseguradora por haber incumplido su deber de presentar en tiempo y forma, la información correspondiente al período vencido a que se encuentra obligada en virtud de la resolución 679/99.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Grecco, Argentó.)

“La Equitativa del Plata SA de Seguros c/ DNIC -Disp 752/03(Expte 4618818/00)”.

SENTENCIA, 39506/03 del 4 DE OCTUBRE DE 2004

Sumario nro. F0017812

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SEGUROS-ASEGURADO-APLICACIÓN DE LA LEY

Sin dudas que el consumidor de seguros está contenido en el sentido y fin de la ley, ya que el asegurado - consumidor es la persona que, para satisfacer sus necesidades de cobertura de riesgos y reuniendo las características de cualquier otro consumidor, contrata un servicio de aseguramiento y, eventualmente, él o un tercero recibe una prestación indemnizatoria.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SUS FUNDAMENTOS: LUTZ: F0015374; F0020761; F0016188; F0017807; F0017808; F0017809; F0017810; F0017811; F0017812; F0017813; F0017814; F0017815; F0017816; F0017817; F0017818; F0017819; F0017820; F0017821; F0017822; F0017823; F0017824 y F0017825))

B., L. C. c/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LIMITADA DE SEGUROS GENERALES s/ RECURSO s/ CASACION

SENTENCIA, 0000000016 del 29 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0017813

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SEGUROS-ASEGURADO-APLICACIÓN DE LA LEY

En sentido amplio, se ha señalado que consumidor de seguros es toda persona que directa o indirectamente va a sufrir la incidencia de los efectos de un contrato de seguros; con esto queremos decir que no sólo son consumidores de seguro los tomadores y los asegurados, sino que además el concepto alcanza a los beneficiarios y perjudicados, lo que encuentra su sentido en la propia mecánica técnica y económica del seguro y hasta podríamos decir en su propia esencia y finalidad, como instituto que hace a la paz social.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SUS FUNDAMENTOS: LUTZ: F0015374; F0020761; F0016188; F0017807; F0017808; F0017809; F0017810; F0017811; F0017812; F0017813; F0017814; F0017815; F0017816; F0017817; F0017818; F0017819; F0017820; F0017821; F0017822; F0017823; F0017824 y F0017825))

B., L. C. c/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LIMITADA DE SEGUROS GENERALES s/ RECURSO s/ CASACION

SENTENCIA, 0000000016 del 29 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0017814

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SEGUROS-ASEGURADO-APLICACIÓN DE LA LEY

En esta definición acerca del consumidor de seguros, es dable destacar lo dicho por Piedecabras, sobre este tópico: "...obedeciendo a esta concepción de consumidor, no parece existir razón válida alguna que impida la consideración como tales a todos los elementos personales que se amparan bajo la denominación de asegurado siempre que se actúe al margen de cualquier actividad profesional y, en definitiva, como contraparte del asegurador en relación a la aseguradora.

En principio, y como punto de partida, podemos señalar que el consumidor de seguros encuadra sin ningún problema dentro del concepto que trae la Ley 24.240, máxime cuando esta normativa utiliza un doble concepto finalista que es el consumo o el beneficio propio, grupal o social que permite comprender tanto al tomador como al asegurado, al beneficio y al damnificado, sin restringir la protección debida al asegurado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SUS FUNDAMENTOS: LUTZ: F0015374; F0020761; F0016188; F0017807; F0017808; F0017809; F0017810; F0017811; F0017812; F0017813; F0017814; F0017815; F0017816; F0017817; F0017818; F0017819; F0017820; F0017821; F0017822; F0017823; F0017824 y F0017825))

B., L. C. c/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LIMITADA DE SEGUROS GENERALES s/ RECURSO s/ CASACION

SENTENCIA, 0000000016 del 29 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0017815

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SEGUROS: RÉGIMEN JURÍDICO-APLICACIÓN DE LA LEY

Dentro de la actividad aseguradora nacional la defensa del consumidor se encuentra garantizada por la vigencia de los regímenes que establecen las leyes 17418 de contrato de seguro, 20091 de los aseguradores y su control y 22400 de productores y asesores de seguros; constituyendo este complejo normativo la trama que protege al consumidor, como consecuencia de la evolución propia de la actividad.

No obstante ese plexo normativo específico de protección, particularmente en materia de contrato de seguro, considero que la Ley de Defensa del Consumidor ha venido a ampliar el sistema de protección a todas luces insuficiente que instauran las normas específicas y ha permitido que los tribunales puedan pronunciarse con fundamento en ella y a favor del consumidor, en situaciones que no siempre resultaban claras y contundentes con el régimen de seguros.

Asimismo, no hay dudas de que el seguro como servicio queda involucrado en el régimen de la Ley Nro. 24.240, sin que ello implique desplazamiento de los demás cuerpos normativos, los que deben aplicarse coordinadamente.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.418, Ley 20.091, Ley 22.400, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SUS FUNDAMENTOS: LUTZ: F0015374; F0020761; F0016188; F0017807; F0017808; F0017809; F0017810; F0017811; F0017812; F0017813; F0017814; F0017815; F0017816; F0017817; F0017818; F0017819; F0017820; F0017821; F0017822; F0017823; F0017824 y F0017825))

B., L. C. c/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LIMITADA DE SEGUROS GENERALES s/ RECURSO s/ CASACION

SENTENCIA, 0000000016 del 29 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0017817

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SEGUROS-APLICACIÓN DE LA LEY-INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Por su parte Piedecosas, sostiene que: "...Debe entenderse que no hay ninguna contradicción entre las normas de la Ley de Defensa al Consumidor y la regulación de los distintos contratos en particular. Esta normativa nació por la necesidad de protección de los usuarios, consumidores, ciudadanos; su fin y sentido es distinto y más amplio que el que involucra la regulación del contrato de seguro, sin perjuicio de que todas las normas jurídicas siempre van a tender hacia lo justo.

La Ley de Defensa del Consumidor implicó una decisión social que clamorosamente se observaba y se observa en la sociedad de estos tiempos. Nunca habrá contradicción esencial, y si la hubiere debe priorizarse la norma de defensa de los consumidores, que informa todo el sistema jurídico y reconoce su base en la Constitución Nacional."

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SUS FUNDAMENTOS: LUTZ: F0015374; F0020761; F0016188; F0017807; F0017808; F0017809; F0017810; F0017811; F0017812; F0017813; F0017814; F0017815; F0017816; F0017817; F0017818; F0017819; F0017820; F0017821; F0017822; F0017823; F0017824 y F0017825))

B., L. C. c/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LIMITADA DE SEGUROS GENERALES s/ RECURSO s/ CASACION

SENTENCIA, 0000000016 del 29 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0017819

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-APLICACIÓN DE LA LEY-SEGUROS-COMPETENCIA

La actividad aseguradora,...está comprendida dentro de las materias respectos de las cuales la ley de defensa al consumidor protege a los compradores o usuarios; por lo que no se observan las violaciones normativas aludidas respecto a la Ley de Seguro, y en consecuencia corresponde admitir la competencia de la Dirección de Comercio Interior, en estas actuaciones.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SUS FUNDAMENTOS: LUTZ: F0015374; F0020761; F0016188; F0017807; F0017808; F0017809; F0017810; F0017811; F0017812; F0017813; F0017814; F0017815; F0017816; F0017817; F0017818; F0017819; F0017820; F0017821; F0017822; F0017823; F0017824 y F0017825))

B., L. C. c/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LIMITADA DE SEGUROS GENERALES s/ RECURSO s/ CASACION

Sumario nro. F0017821

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONTRATO DE SEGURO-ASEGURADOR-INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO-MULTA-APLICACIÓN DE LA LEY-INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Que el art. 10 de la Ley Nro. 24.240 se refiera al documento que se extienda por la venta de "cosas muebles" se debe, indudablemente, a una defectuosa técnica legislativa, y ello se evidencia cuando se observa que los arts. 10 y 10 bis se encuentran en el Capítulo III, que se refiere en forma genérica a la oferta y demanda, y no en el IV que se refiere a las cosas muebles; además, contribuye a este esclarecimiento, el hecho de que el decreto reglamentario de la Ley de Defensa del Consumidor (Nro. 1789/94, art. 10, inc. b) ya no limita solamente a determinado contrato sino que generaliza al emplear los términos cosas o servicios.

En definitiva estas normas brindan, en una interpretación sistemática con el resto de las disposiciones de la ley, elementos para llegar a la conclusión de que básicamente el adquirente de bienes y servicios tiene derecho a contratar en condiciones equitativas y que se cumpla adecuadamente lo convenido; por lo que resultan de aplicación a la cuestión de autos toda vez que quedó probado que la aseguradora se negó a cumplir el contrato que la vinculaba con la denunciante consistente en una indemnización con motivo de la sustracción de su vehículo que había sido asegurado por riesgo de robo o hurto.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 10

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SUS FUNDAMENTOS: LUTZ: F0015374; F0020761; F0016188; F0017807; F0017808; F0017809; F0017810; F0017811; F0017812; F0017813; F0017814; F0017815; F0017816; F0017817; F0017818; F0017819; F0017820; F0017821; F0017822; F0017823; F0017824 y F0017825))

B., L. C. c/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LIMITADA DE SEGUROS GENERALES s/ RECURSO s/ CASACION

SENTENCIA, 0000000016 del 29 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0017822

SUMARIO

RECURSO DE CASACION:IMPROCEDENCIA-FALTA DE FUNDAMENTACION-SEGUROS-INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-MULTA-ASEGURADOR

Tampoco puede prosperar este agravio, en lo relativo a la violación del art. 5 de la Ley Nro. 17418, ya que a partir del acuerdo..., donde la aseguradora admite, sin reservas, que le adeuda la suma que establece con motivo del siniestro que diera origen al reclamo; pierden sentido los argumentos esgrimidos por la propia aseguradora para no abonar la indemnización (reticencia de la asegurada a suministrar datos que hubiesen modificado las condiciones del contrato; agravamiento del riesgo por haber afectado el automotor al servicio de taxi e incorporación de GNC; haberlo chocado sin denunciar), no pudiendo ampararse ahora en tales extremos para tratar de impedir las sanciones que, por su incumplimiento contractual, y conforme la Ley Nro. 24.240 corresponde que les sean aplicadas.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.418 Art. 5, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SUS FUNDAMENTOS: LUTZ: F0015374; F0020761; F0016188; F0017807; F0017808; F0017809; F0017810; F0017811; F0017812; F0017813; F0017814; F0017815; F0017816; F0017817; F0017818; F0017819; F0017820; F0017821; F0017822; F0017823; F0017824 y F0017825))

B., L. C. c/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LIMITADA DE SEGUROS GENERALES s/ RECURSO s/ CASACION

SENTENCIA, 0000000016 del 29 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. K0024413

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-MULTA-ASEGURADOR-SEGURO DE AUTOMOTORES

Debe sancionarse con multa a la aseguradora que infringe la resolución (S.I.C. y M) Nº 679/99, reglamentaria de la ley 24.240 por no haber presentado en término la información correspondiente al valor anual de los premios de los seguros automotores que ofrece el mercado, y demás información complementaria.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 05 (Gallegos Fedriani, Otero.)

"Berkeley International Seguros S.A. c/ DNCI-Disp 1064/03 (Expte501266209/02)".

SENTENCIA, 48794/03 del 17 DE NOVIEMBRE DE 2004

XIV | Servicio telefónico

Sumario nro. B0962187

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONTRATO DE TELEFONIA CELULAR

TEXTO

Corresponde revocar la sentencia, y hacer lugar a la demanda por cumplimiento de contrato de consumo ya que se acreditó que Claro incumplió su obligación esencial de prestar al actor el servicio de telefonía celular en condiciones de razonable normalidad, atento las condiciones y características de la prestación comprometida.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , AZUL, BUENOS AIRES

Sala 02 (Galdós - Peralta Reyes - Longobardi)

Ibarlucia, Miguel c/ AMX Argentina SA s/ cumplimiento de contratos civiles/comerciales

SENTENCIA del 12 DE MAYO DE 2020

Sumario nro. B0962188

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONTRATO DE TELEFONIA CELULAR

TEXTO

Corresponde desestimar la pretensión de la actora de requerir que la condena omprenda la obligación de imponer a la demandada la carga de ejecutar obras de infraestructura, lo que no sólo excede notoriamente el objeto del litigio sino que por el otro lado no se ha demostrado de modo preciso e indubitable cuáles serían dichas obras y su incidencia causal con el incumplimiento contractual objeto de autos.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , AZUL, BUENOS AIRES

Sala 02 (Galdós - Peralta Reyes - Longobardi)

Ibarlucia, Miguel c/ AMX Argentina SA s/ cumplimiento de contratos civiles/comerciales

SENTENCIA del 12 DE MAYO DE 2020

Sumario nro. C2006403**TEMA**

RECURSO DIRECTO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde rechazar el recurso directo deducido por una empresa Telefónica Móviles contra la disposición dictada por la Directora General de Defensa y Protección al Consumidor en la que se le impuso una multa por infracción a los artículos 12 y 17 de la ley 24240 originada en una denuncia realizada debido a las reiteradas fallas que presentó un equipo en un corto período de tiempo, toda vez que la multa se impuso siguiendo los parámetros fijados los artículos 47 y 49 de la ley 24240, así como, por el artículo 16 de la ley 757 de la Ciudad, que receptó las pautas de graduación para aplicarlas a las infracciones previstas en la ley de defensa del consumidor y que la empresa no logró desvirtuar la motivación que sustentó la multa impuesta por la administración, máxime la calidad de reincidente de la empresa y el reconocimiento efectuado por el propio recurrente de su posición en el mercado y el eventual perjuicio que pudo haber causado al denunciante.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.12, Ley 24.240 Art.17, Ley 24.240 Art.47, Ley 24.240 Art.49, LEY I - Nº 757 Art.16

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Fabiana Schafrik de Nuñez - Mariana Díaz - Carlos F. Balbín)

Telefónica Móviles Argentina SA c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor

SENTENCIA del 20 DE FEBRERO DE 2019

Identificación SAIJ : C2006372**TEMA**

DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Corresponde confirmar la disposición de la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor por la que se le impuso una multa a una empresa de telefonía móvil, por infracción al art. 10 ter de la Ley 24.240 denunciada por un usuario que solicitó la rescisión del servicio de telefonía móvil, toda vez que se advierte que ni de las defensas esgrimidas ni de la prueba documental acompañada por la accionada surge elemento probatorio alguno que logre controvertir lo expuesto, por el contrario, se desprende que el actor debió atravesar un equívoco procedimiento a los efectos de rescindir el contrato de telefonía móvil que oportunamente celebró con la empresa de telefonía aquí denunciada, todo lo cual lleva a concluir que las

circunstancias descriptas se revelan contrarias a los principios que inspiran el régimen protectorio del consumidor y a la normativa consumerista.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Fabiana H. Schafrik de Nuñez, Mariana Díaz y Carlos F. Balbín)

AMX Argentina SA c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor

SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2018

Nro.Fallo: 18370013

Identificación SAIJ : C2006366

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Corresponde rechazar la apelación intentada por una empresa de telefonía contra la Disposición de la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor que sanciona a la operadora con una multa de cumplimiento efectivo refrendada en un acuerdo homologado que la compañía incumplió generando nuevamente una factura a nombre de una persona que reside fuera del país desde el año 2006, toda vez que ha quedado demostrado que la empresa demandada cometió la infracción que se le imputa y que no logra desvirtuar la motivación que sustentó la graduación impuesta por la Administración, máxime cuando el art. 46 de la Ley N° 24.240 dispone que el incumplimiento de los acuerdos conciliatorios serán considerados en violación a esta ley.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.46

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Fabiana H. Schafrik de Nuñez - Carlos F. Balbín - Mariana Díaz)

Telefónica Móviles Argentina SA c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor y otros s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor

SENTENCIA del 26 DE ABRIL DE 2018

Nro.Fallo: 18370007

Identificación SAIJ : C2006365

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Corresponde confirmar la sanción de multa impuesta por la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor a una empresa de telecomunicaciones por facturar indebidamente a una usuaria un cargo por servicio de trivias y/o suscripciones no contratado, toda vez que no se ha acreditado que la usuaria hubiera contratado el servicio de trivía facturado por la empresa prestataria y que la demandada tampoco desconoció las facturas acompañadas por la denunciante, ni aportó elementos probatorios que esclarezcan la cuestión debatida, no resultando admisible

el argumento en cuanto a que los servicios de suscripción facturados son prestados por terceras empresas, ya que tal circunstancia tampoco exime a la prestadora de probar que, con carácter previo, haya informado y requerido el consentimiento del consumidor a fin de incorporar tales rubros en su facturación.

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Fabiana H. Schafrik de Nuñez - Carlos F. Balbín - Mariana Díaz)

Telecom Personal S.A. c/ GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor

SENTENCIA del 9 DE ABRIL DE 2018

Nro.Fallo: 18370006

Identificación SAIJ : W0002680

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Corresponde disponer que la empresa de telecomunicaciones Telecom Argentina S.A. emita nuevamente las facturas del servicio telefónico de titularidad del actor corrigiendo la calificación de las llamadas efectuadas a las Islas Malvinas, las cuales fueron facturadas como internacionales por la demandada, quien deberá, además, publicar en dos diarios de mayor circulación un texto aclaratorio especificando que las llamadas a las Islas Malvinas son locales interurbanas y su costo se encuentra reducido en un 50%, toda vez que no sólo constitucionalmente las Islas Malvinas se han consagrado como pertenecientes al territorio nacional, sino que además en los convenios internacionales específicos de telecomunicaciones así como otros convenios internacionales aprobados por el país nunca ha claudicado su pertenencia territorial a la República Argentina, de modo que no existen dudas de que integran el territorio nacional y que por lo tanto las llamadas a las mismas no pueden configurarse, facturarse ni denominarse como internacionales.

FALLOS

CAMARA EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SAN PEDRO DE JUJUY, JUJUY

Sala 04 (Macedo Moresi - Yecora - Toro)

Giusti, Juan Enrique c/ Telecom Argentina S.A. s/ Acción de defensa del consumidor

SENTENCIA del 5 DE ABRIL DE 2017

Nro.Fallo: 17200000

Identificación SAIJ : W0002681

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DAÑO MORAL

Un error en la facturación cometido por una empresa de telecomunicaciones al calificar como internacionales las llamadas efectuadas a las Islas Malvinas, implica una violación a las normas reglamentarias y un desconocimiento de normas territoriales, más no tiene entidad suficiente para afligir el espíritu del accionado al grado tal que pueda llegar a constituir un daño moral.

FALLOS

CAMARA EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SAN PEDRO DE JUJUY, JUJUY

Sala 04 (Macedo Moresi - Yecora - Toro)

Giusti, Juan Enrique c/ Telecom Argentina S.A. s/ Acción de defensa del consumidor
SENTENCIA del 5 DE ABRIL DE 2017
Nro.Fallo: 17200000

Identificación SAIJ : I0079336

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Corresponde condenar a una empresa de telefonía a trasladar la línea fija de una usuaria que se mudó, pues en función de los elementos aportados y lo expresado por la actora no se evidencia controversia válida atendible en la causa, resultando necesario destacar la actitud silente de la demandada que permite inferir su desinterés en la atención de los usuarios y en el debido cumplimiento de las disposiciones establecidas a favor de los consumidores, a lo que también se adiciona su actitud frente a un concreto conflicto judicial como el presente, que se constituye en el último bastión al que acudir por medio de la vía excepcional del amparo.

FALLOS

CAMARA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO , PARANA, ENTRE RIOS
(González Elías)
Maldonado, Karina Aracelli c/ Telecom Argentina S.A. s/ Amparo
SENTENCIA del 24 DE AGOSTO DE 2016
Nro.Fallo: 16080032

Identificación SAIJ : C2006218

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-TELECOMUNICACIONES

Corresponde sancionar con una multa de treinta mil pesos a una empresa de telecomunicaciones por la violación a lo establecido en el artículo 19 de la ley 24240 al facturarle a la denunciante una línea telefónica que no había solicitado, pues de las constancias obrantes en la causa surge que la línea cuestionada había sido reactivada unilateralmente por la empresa pese a haber sido dada de baja en el año 2000 y sin que haya mediado pedido de reactivación y, como respuesta, la compañía se limitó a señalar que la firma inserta en la solicitud pertenecía a la accionante, pero nada dijo acerca de la reactivación unilateral de la línea telefónica, ni en su descargo ni en su recurso directo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.1

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES
Sala 03 (Esteban Centanaro - Hugo Zuleta - Gabriela Seijas)
Telefonía Móviles Argentina SA c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelación
SENTENCIA del 18 DE AGOSTO DE 2015
Nro.Fallo: 15370034

Identificación SAIJ : F0004441

TEMA

TELEFONIA-DERECOS DEL CONSUMIDOR

Corresponde admitir la competencia como autoridad de aplicación provincial a la Dirección de Comercio Interior para sancionar a una empresa prestadora del servicio de telecomunicación por incumplimiento de la Ley de Defensa del Consumidor. l Tribunal a-quo ha omitido considerar en su análisis que la relación dentro de la cual se comete la infracción es de consumo, y esta definición conceptual impone como regla la competencia de los organismos administrativos locales (conf. Arts 25 y 41 Ley 24240). (Voto del Dr. Apcarián sin disidencia)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.2, Ley 24.240 Art.41

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , VIEDMA, RIO NEGRO

Sala DE CAUSAS ORIGINARIAS (APCARIAN - PICCININI - MANSILLA - ZARATIEGUI - ROUMEC (Subrogante)(en abstención).)

DIRECCION GENERAL DE COMERCIO INTERIOR. c/ PEDIDO DE INFORME SERVICIO TELEFONICO MOVIL-MOVISTAR s/ APELACION S/ CASACION.

SENTENCIA, 49/15 del 23 DE ABRIL DE 2015

Nro.Fallo: 15050015

Identificación SAIJ : F0004442

TEMA

TELEFONIA-DERECOS DEL CONSUMIDOR-COMPETENCIA LOCAL

El sustrato legal de los productos o servicios regulados por normativa nacional (telefonía, Internet, correos, etc.), cuando se trata de infracciones al Estatuto del Consumidor, no impide el ejercicio de las competencias y atribuciones de las autoridades locales de aplicación de la ley 24240 Cf. Dante Rusconi y Jorge Bru en "Manual de Derecho del Consumidor", pág. 555, Abeledo Perrot, 2009; (STJRNS4 Se. 149/14 "DIRECCION DE COMERCIO INTERIOR")]. (Voto del Dr. Apcarián sin disidencia)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , VIEDMA, RIO NEGRO

Sala DE CAUSAS ORIGINARIAS (APCARIAN - PICCININI - MANSILLA - ZARATIEGUI - ROUMEC (Subrogante)(en abstención).)

DIRECCION GENERAL DE COMERCIO INTERIOR. c/ PEDIDO DE INFORME SERVICIO TELEFONICO MOVIL-MOVISTAR s/ APELACION S/ CASACION.

SENTENCIA, 49/15 del 23 DE ABRIL DE 2015

Nro.Fallo: 15050015

Identificación SAIJ : K0028903

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-TELEFONIA CELULAR-MULTA

Procede confirmar la multa impuesta a una empresa de telefonía celular que incumplió un acuerdo conciliatorio, cobrando incorrectamente dos líneas telefónicas sin la bonificación convenida con la consumidora -la denuncia

se había originado en el cambio intempestivo del plan contratado por la usuaria-, ya que no puede soslayarse la cantidad de inconvenientes que la firma generó a la consumidora, obligándola a recurrir ante la Secretaria de Defensa al Consumidor en varias oportunidades, dada la impericia y la falta de compromiso para cumplir los acuerdos que había celebrado.

FALLOS

**CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL ,
CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL**

Sala 04 (Vincenti - Moran - Duffy)

Telecom Personal S.A. c/ D.N.C.I. s/ Recurso directo ley 24.240 - art. 45

SENTENCIA del 2 DE SETIEMBRE DE 2014

Nro.Fallo: 14100013

Identificación SAIJ : K0028904

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DAÑO DIRECTO-TELEFONIA CELULAR-MULTA

La empresa de telefonía celular debe resarcir el daño directo a una consumidora que efectuó una denuncia por el cambio intempestivo de su plan, ya que se encuentran probados todos los perjuicios ocasionados, circunstancia que se desprende de los números de reclamos que había efectuado en la empresa, las diferentes facturas en donde constan el cambio de planes de un mes a otro, los recargos que le hicieron, los servicios que le adicionaron sin consultar, los correos electrónicos enviados a la empresa y las numerosas presentaciones que se hicieron ante la Subsecretaria de Defensa del Consumidor.

FALLOS

**CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL ,
CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL**

Sala 04 (Vincenti - Moran - Duffy)

Telecom Personal S.A. c/ D.N.C.I. s/ Recurso directo ley 24.240 - art. 45

SENTENCIA del 2 DE SETIEMBRE DE 2014

Nro.Fallo: 14100013

Identificación SAIJ : B0957540

TEMA

RELACION DE CONSUMO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-CARGA DE LA PRUEBA

La prueba pericial contable ofrecida por la empresa prestadora del servicio de telefonía demandada es insuficiente para acreditar los alegados incumplimientos del consumidor accionante, -en el caso, demandó por errores de facturación e interrupción del servicio- pues debió haber ofrecido el mismo medio probatorio (prueba pericial) pero a realizar por un ingeniero con incumbencia profesional en la materia específica, esto es, un ingeniero en telecomunicaciones, electrónico o en radiocomunicaciones.

FALLOS

**CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR
DEL PLATA, BUENOS AIRES**

Sala 03 (Gerez - Zampini)

Pérez, María Cristina c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios - Incumplimiento

contractual (Exc. estado)
SENTENCIA del 5 DE AGOSTO DE 2014
Nro.Fallo: 14010099

Identificación SAIJ : B0957543

TEMA

DAÑO PUNITIVO-RELACION DE CONSUMO-DERECOS DEL CONSUMIDOR

La conducta asumida por la empresa proveedora del servicio telefónico y de internet, el incumplimiento de las condiciones de atención a la tutela a la información, que converge en un trato indigno y viola el derecho del cliente a ser tratado con cortesía, corrección, diligencia y obtener una respuesta adecuada y oportuna a su requerimiento -claramente detallada por la autoridad administrativa y que se repitió en la instancia judicial- sumada a la total actitud pasiva y reticente en la acreditación de los hechos imputados por el consumidor desoyendo el claro precepto del art. 53 tercer párrafo de la Ley de Defensa del Consumidor, conllevan a la aplicación de la multa civil a favor del consumidor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.53

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

Sala 03 (Gerez - Zampini)

Pérez, María Cristina c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios - Incumplimiento contractual (Exc. estado)

SENTENCIA del 5 DE AGOSTO DE 2014

Nro.Fallo: 14010099

Identificación SAIJ : B0957539

TEMA

RELACION DE CONSUMO-DERECOS DEL CONSUMIDOR-CARGA DE LA PRUEBA

La empresa prestadora del servicio telefónico debe responder por los daños que alegó sufrir un cliente por errores de facturación e interrupción del servicio, pues la demandada optó por negar todos y cada uno de los hechos alegados por el consumidor, siendo que se encontraba en mejores condiciones para acreditar la veracidad de los incumplimientos que alegó en su defensa, y principalmente que los consumos liquidados se correspondían con los servicios contratados, por lo tanto, tal déficit probatorio conlleva a soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

Sala 03 (Gerez - Zampini)

Pérez, María Cristina c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios - Incumplimiento contractual (Exc. estado)

SENTENCIA del 5 DE AGOSTO DE 2014

Nro.Fallo: 14010099

Identificación SAIJ : B0957541

TEMA

DAÑO MORAL-RELACION DE CONSUMO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Esa estrictez que exige la jurisprudencia en la valoración y consideración del daño moral cuando se reclama en el marco de una relación contractual, debe ceder ante supuesto donde es el consumidor -parte débil de la contratación- quien efectúa el reclamo. Es que, no se está ante un contratante más, sino que es un consumidor en una relación de consumo, que hizo necesaria una protección específica para la parte más débil de la estructura negocial que se concreta en la ley de Defensa del consumidor, que vino a ampliar y profundizar la tutela ya garantizada por el código civil con cuya estructura normativa se complementa, y por la constitución nacional a través de los arts- 42 y 43 a partir de la reforma del 1994

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42 al 43

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

Sala 03 (Gerez - Zampini)

Pérez, María Cristina c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios - Incumplimiento contractual (Exc. estado)

SENTENCIA del 5 DE AGOSTO DE 2014

Nro.Fallo: 14010099

Identificación SAIJ : B0957542

TEMA

DAÑO MORAL-RELACION DE CONSUMO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Corresponde otorgar una indemnización en concepto de daño moral, atento los padecimientos sufridos por la accionante que van desde los incesantes reclamos efectuados telefónicamente al proveedor del servicio de telefonía demandado, las interrupciones injustificadas del servicios con la imposibilidad de comunicarse que ello conlleva, la necesidad de tener que concurrir a la sede administrativa para obtener el reconocimiento y resarcimiento de sus derechos vulnerados, la gran cantidad de facturas recibidas en el domicilio de la accionante donde se indica el carácter de deudora sin brindar las explicaciones ni la información debida, provocan en la vida de cualquier persona, una clara lesión a la esfera espiritual que supera los que comúnmente la jurisprudencia denominaba como "padecimientos propios de la vida en sociedad".

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

Sala 03 (Gerez - Zampini)

Pérez, María Cristina c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios - Incumplimiento contractual (Exc. estado)

SENTENCIA del 5 DE AGOSTO DE 2014

Nro.Fallo: 14010099

Identificación SAIJ : R0021877

TEMA

RECURSO DE CASACION-DAÑO MORAL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Corresponde admitir parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia rechazó la pretensión de daño moral, con basamento en la pérdida de confianza a la marca, peticionada por un consumidor que advirtió la presencia de un cuerpo extraño dentro de la botella de una gaseosa-gel íntimo-, pues ello no ha merecido consideración o tratamiento alguno por el a quo, violentándose de este modo la exigencia constitucional de fundar lógica y legalmente todo pronunciamiento judicial.

FALLOS

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA , CORDOBA, CORDOBA

Sala CIVIL Y COMERCIAL (Andruet - García Allocco - Sesin)

Teijeiro Luis Mariano c/ Cerveceria y Malteria Quilmes S.A.I.C.A. Y G - Abreviado - Otros s/

Recurso de Casacion

SENTENCIA del 15 DE ABRIL DE 2014

Nro.Fallo: 14160006

Identificación SAIJ : R0021909

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DAÑO MORAL

Resulta procedente la indemnización por daño moral de la empresa de telefonía que no realizó la conexión de una línea telefónica domiciliaria pese a encontrarse abonados los gastos por parte del usuario, pues de las constancias de la causa surge probado el incumplimiento de la demandada, de modo que los hechos referidos en la demanda, aparecen palpables y poseen virtualidad suficiente a los fines de producir en el actor un estado de desasosiego, preocupación y angustia, que excede los inconvenientes que puede generar cualquier incumplimiento.

FALLOS

CAMARA 6ta DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA

(ALBERTO F. ZARZA - WALTER ADRIÁN SIMES - SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO)

BENEJAM, ONOFRE ALEJANDRO c/ TELECOM ARGENTINA S.A. s/ ABREVIADO -

CUMPLIMIENTO - RESOLUCION DE CONTRATO - RECURSO DE APELACION

SENTENCIA del 8 DE ABRIL DE 2014

Nro.Fallo: 14160012

Identificación SAIJ : R0021908

TEMA

DAÑOS AL CONSUMIDOR

Corresponde confirmar el decisorio que condena a una empresa telefónica a indemnizar a un usuario por incumplimiento de contrato atento haber abonado los gastos de conexión de una línea telefónica domiciliaria y no haber logrado el cumplimiento de la prestación, toda vez que la actitud omisiva y contradictoria de la empresa evidencia insinceridad y falta de respeto por el consumidor, resultando violatoria de los deberes de información y de trato digno, amparados por los arts. 4 y 8 bis de la ley 24.240

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.8

FALLOS

CAMARA 6ta DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA
(ALBERTO F. ZARZA - WALTER ADRIÁN SIMES - SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO)
BENEJAM, ONOFRE ALEJANDRO c/ TELECOM ARGENTINA S.A. s/ ABREVIADO -
CUMPLIMIENTO - RESOLUCION DE CONTRATO - RECURSO DE APELACION
SENTENCIA del 8 DE ABRIL DE 2014
Nro.Fallo: 14160012

Identificación SAIJ : B0956776

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-MULTA-SERVICIO TELEFONICO

Corresponde aplicar una multa a la empresa de telefonía imputada por incumplir con el trato digno que debe brindar a sus clientes según lo dispuesto en el art. 8 bis de la ley 24.240, pues el simple hecho de que se arroge la potestad de disponer del tiempo de sus clientes, ya sea haciéndolos concurrir a sus oficinas para luego negarles o escatimarles la atención personal, u obligarlos a "telegestionar" reclamos y pedidos mediante aparatos telefónicos pese a que se han molestado en concurrir personalmente al lugar donde se encuentran las oficinas comerciales de la empresa, entre muchas posibilidades, son prácticas comerciales prohibidas por las normas de protección contenidas tanto en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (art. 8 bis; 27), como en el propio artículo 42 de la Constitución Nación

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240 Art.8 Bis , Ley 24.240 Art.27

FALLOS

JUZGADO DE FALTAS Nro 2 , LA PLATA, BUENOS AIRES
(RUSCONI)

Defensa del Consumidor c/ Telefónica de Argentina (atención personalizada) s/ actuación de oficio

SENTENCIA del 4 DE DICIEMBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13010237

Identificación SAIJ : B0956774

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-MULTA-SERVICIO TELEFONICO

La correcta hermenéutica del art. 27 de la ley 24.240 indica que la atención personalizada es obligatoria, no es una opción y además, es distinta a la atención telefónica, ya que, la finalidad del legislador es clara, debe haber oficinas de atención al público con personal "de carne y hueso" que atienda "cara a cara" los reclamos de los usuarios, y dicha modalidad de atención es imprescindible para que haya un "contacto humano" en beneficio del consumidor, que por este medio se siente más contenido y puede expresarse mejor, lográndose con ello una morigeración de la despersonalización de las transacciones comerciales modernas.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.27

FALLOS

JUZGADO DE FALTAS Nro 2 , LA PLATA, BUENOS AIRES
(RUSCONI)

Defensa del Consumidor c/ Telefónica de Argentina (atención personalizada) s/ actuación de oficio

SENTENCIA del 4 DE DICIEMBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13010237

Identificación SAIJ : B0956772

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-MULTA-SERVICIO TELEFONICO

Corresponde aplicar una multa a la empresa prestadora del servicio de telefonía en tanto no cumple con la obligación de brindar atención personalizada a sus clientes tal como lo dispone el art. 27 de la ley 24.240, pues es absurdo el razonamiento de que dicho recaudo quedaría satisfecho con la derivación de los usuarios a formular sus quejas o trámites a través de un sistema de "telegestión", atendido por máquinas o por personas físicas desde un "call center", es que, es razonable que quien acude personalmente a las oficinas comerciales de su proveedor de servicios espera una atención distinta a la que pudo obtener desde su domicilio, desde donde también puede "telegestionar" sus quejas y trámites.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.27

FALLOS

JUZGADO DE FALTAS Nro 2 , LA PLATA, BUENOS AIRES
(RUSCONI)

Defensa del Consumidor c/ Telefónica de Argentina (atención personalizada) s/ actuación de oficio

SENTENCIA del 4 DE DICIEMBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13010237

Identificación SAIJ : B0956773

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-MULTA-SERVICIO TELEFONICO

La obligación de los proveedores de servicios públicos de brindar una "atención personalizada", implica la atención por personas físicas y "cara a cara" en centros de atención al cliente, con la subsiguiente obligación de expedir comprobantes de reclamo, obligación que nace directamente del art. 27 de la ley 24.240, por lo tanto, la postura de la empresa de telefonía al sostener que atención personalizada no es equivalente a una atención por parte de una persona física en presencia del usuario, claramente contradice la exégesis legalmente establecida en la normativa aludida. Máxime si el artículo dispone que los proveedores podrán recibir reclamos por medio telefónico, entre otros, no es acertado interpretar que la atención personalizada que es obligatoria es la misma que la que "pueden" realizar telefónicamente.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.27

FALLOS

JUZGADO DE FALTAS Nro 2 , LA PLATA, BUENOS AIRES
(RUSCONI)

Defensa del Consumidor c/ Telefónica de Argentina (atención personalizada) s/ actuación de oficio

SENTENCIA del 4 DE DICIEMBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13010237

Identificación SAIJ : B0956775

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-MULTA-SERVICIO TELEFONICO

Debe aplicarse una multa a la empresa de telefonía por incumplir la obligación de brindar atención personalizada a sus clientes -art.27 de la ley 24.240-, es que, la entidad exige la realización de trámites telefónicos para aquellas gestiones que menos beneficios le generan (reclamos por falta de servicio, bajas, etcétera), mientras que reserva la atención personalizada para aquellas mediante las cuales obtiene beneficios (ventas de servicios y equipos, cobros), o que no puede realizar de otra manera más económica (entrega y recepción de equipos, por ejemplo), lo cual resulta un comportamiento claramente arbitrario y discrecional, a la vez que configura una inequidad manifiesta para el conjunto de los usuarios puesto que, sin hesitación, una y otra modalidad de atención -la telefónica y la personal- se llevan a cabo según cuál sea el interés o conveniencia de la empresa en cada caso.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.27

FALLOS

JUZGADO DE FALTAS Nro 2 , LA PLATA, BUENOS AIRES
(RUSCONI)

Defensa del Consumidor c/ Telefónica de Argentina (atención personalizada) s/ actuación de oficio

SENTENCIA del 4 DE DICIEMBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13010237

Identificación SAIJ : A0076368

TEMA

EMPRESA TELEFONICA-TASAS-RESTITUCION DE SUMAS-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-LEGITIMACION PROCESAL-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda deducida por la Unión de Usuarios y Consumidores contra la empresa de servicio telefónico, con el objeto de que se ordene a dicha prestataria el cese de la imposición a los usuarios del servicio del pago de la "Tasa de control, fiscalización y verificación" y del "Aporte al fondo fiduciario del servicio universal" y asimismo, el reintegro de las sumas ya percibidas, pues la legitimación activa de la entidad surge directamente del art. 55 de la ley 24.240, más allá del régimen constitucional de la acción de amparo en relación con este tipo de derechos, para promover el dictado de una sentencia con efectos sobre todo un grupo de personas que no son parte en el juicio, conclusión que no implica abrir juicio sobre el fondo del asunto. -Voto de la jueza Carmen M. Argibay-. Del precedente "PADEC c/ Swiss Medical S.A s/ nulidad de cláusulas contractuales", del 21/08/2013, a cuyo voto remite-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.55

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA, ZAFFARONI. Voto: PETRACCHI, ARGIBAY)

Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. -ley 24.240- y otro s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2º, C.P.C. y C.)

SENTENCIA del 6 DE MARZO DE 2014

Nro.Fallo: 14000016

Identificación SAIJ : A0076366

TEMA

EMPRESA TELEFONICA-TASAS-RESTITUCION DE SUMAS-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-LEGITIMACION PROCESAL-ACCESO A LA JUSTICIA

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda deducida por la Unión de Usuarios y Consumidores contra la empresa de servicio telefónico, con el objeto de que se ordene a dicha prestataria el cese de la imposición a los usuarios del servicio del pago de la "Tasa de control, fiscalización y verificación" y del "Aporte al fondo fiduciario del servicio universal" y asimismo, el reintegro de las sumas ya percibidas, pues de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, ya que no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda, ello así, ante la escasa significación económica de las sumas en cuestión, que individualmente consideradas, permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable. -La Corte remite a los fundamentos del precedente "PADEC c/ Swiss Medical S.A s/ nulidad de cláusulas contractuales", del 21/08/2013-.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA, ZAFFARONI. Voto: PETRACCHI, ARGIBAY)

Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. -ley 24.240- y otro s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2º, C.P.C. y C.)

SENTENCIA del 6 DE MARZO DE 2014

Nro.Fallo: 14000016

Identificación SAIJ : A0076365

TEMA

EMPRESA TELEFONICA-TASAS-RESTITUCION DE SUMAS-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda deducida por la Unión de Usuarios y Consumidores contra la empresa de servicio telefónico, con el objeto de que se ordene a dicha prestataria el cese de la imposición a los usuarios del servicio del pago de la "Tasa de control, fiscalización y verificación" y del "Aporte al fondo fiduciario del servicio universal" y asimismo, el reintegro de las sumas ya percibidas, pues el derecho cuya

protección se procura es de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, y se encuentran cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada en el precedente "Halabi" (Fallos: 332:111), de modo que existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos- imposición de tasa y aporte- a los usuarios y la pretensión de la recurrente está concentrada en los "efectos comunes" para toda la clase de los sujetos afectados, en tanto la conducta cuestionada afectaría por igual a todos los usuarios del servicio de telefonía móvil prestado por la demandada. -La Corte remite a los fundamentos del precedente "PADEC c/ Swiss Medical S.A s/ nulidad de cláusulas contractuales", del 21/08/2013-.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA, ZAFFARONI. Voto: PETRACCHI, ARGIBAY)

Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. -ley 24.240- y otro s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2º, C.P.C. y C.)

SENTENCIA del 6 DE MARZO DE 2014

Nro.Fallo: 14000016

Identificación SAIJ : A0076367

TEMA

EMPRESA TELEFONICA-TASAS-RESTITUCION DE SUMAS-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-LEGITIMACION PROCESAL-INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION

Cabe dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda deducida por la Unión de Usuarios y Consumidores contra la empresa de servicio telefónico, con el objeto de que se ordene a dicha prestataria el cese de la imposición a los usuarios del servicio del pago de la "Tasa de control, fiscalización y verificación" y del "Aporte al fondo fiduciario del servicio universal" y asimismo, el reintegro de las sumas ya percibidas, pues de la lectura de las normas constitucionales en cuestión se desprende que la interpretación que el tribunal a quo hizo de ellas, podría conducir a vaciar de contenido la protección que el art. 43 de la Constitución Nacional otorgó a los consumidores, al legitimar a las asociaciones para la defensa de sus derechos, y la Cámara no tuvo en cuenta que la diversidad en materia de intereses económicos es una característica que necesariamente se da entre los consumidores de cualquier producto o servicio, omitiendo considerar que toda afectación de los intereses del grupo repercutirá de manera distinta en sus integrantes, de acuerdo con la situación económica individual de cada uno de ellos. -Voto del juez Enrique S. Petracchi-. Del precedente "PADEC c/ Swiss Medical S.A s/ nulidad de cláusulas contractuales", del 21/08/2013, a cuyo voto remite-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.43

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA, ZAFFARONI. Voto: PETRACCHI, ARGIBAY)

Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. -ley 24.240- y otro s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321, inc. 2º, C.P.C. y C.)

SENTENCIA del 6 DE MARZO DE 2014

Identificación SAIJ: D0013771

SUMARIO

SERVICIO TELEFÓNICO-INTERRUPCIÓN DEL SERVICIO-CARGA DE LA PRUEBA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La caída de la línea telefónica hace presumir la culpa de la prestataria (art. 30 de la ley 24.240 y causa nº 5971/99 del 3/7/03); es ésta —mas no el usuario— quien debe, en el lapso que le fija la ley, probar que la falta no le es imputable (conf. norma cit.).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 30

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Dr. Guillermo Alberto Antelo - Dr. Ricardo Gustavo Recondo Dra. Graciela Medina.)

PATLIS LEON c/ TELEFÓNICA DE ARGENTINA SA s/ daños y perjuicios.

SENTENCIA del 3 DE FEBRERO DE 2011

Sumario nro. F0025421

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-TELECOMUNICACIONES-TELEFONÍA CELULAR-FACTURACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS-FACTURACIÓN EXCESIVA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El amparo se presenta así como la única vía idónea, expedita y eficaz en estas circunstancias, para hacer cesar una situación que si bien la *litis* se presentó por la propia requerida como dudosa de derecho, y de difícil interpretación, no puede impedir el dictado de medidas mínimas para atender a los amparistas.

He ponderado adecuadamente la trascendencia y repercusión del caso, y el primado de razonabilidad (y sus sub principios) y de justicia que emergen del decisorio frente a un fenómeno nuevo donde están involucrados los usuarios y consumidores de telefonía celular de toda la Provincia de Río Negro.

Y dentro de estas consideraciones hemos tenido especialmente en cuenta que las medidas que se dictan en manera alguna van a atentar contra la continuidad y normal prestación del servicio ya que la magnitud del caso se proyecta en el tiempo sobre pequeñas sumas de dinero que no afectarán a los prestadores, pero que restablecerán la justicia contractual en todos los planos, especialmente en el tarifario, ya que la mayoría de los usuarios se perfilan hacia el uso de tarjetas, siendo generalmente los sectores más desprotegidos de la sociedad.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

Sumario nro. K0023237

SUMARIO

**PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-APLICACIÓN DE LA LEY-AUTORIDAD DE APLICACIÓN-
COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES:FUNCIONES-TELEFONIA CELULAR**

De acuerdo a lo prescripto en los arts. 1 y 2 de la ley 24.240, en la medida en que el acto esté destinado a contratar la prestación de un servicio a título oneroso y para consumo final del cliente, el prestador se halla obligado al cumplimiento de la mentada norma de defensa del consumidor, siendo la autoridad nacional de aplicación de la ley la Secretaría de Comercio, en tanto que la competencia dada a la Comisión Nacional de Comunicaciones (C.N.C.) en la resolución 490/97 de la Secretaría de Comunicaciones, modificada por la resolución 1714/97 en relación con la aplicación de la ley 24.240 se encuentra circunscripta a vigilar, mediante los dispositivos adecuados, el cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias en el desenvolvimiento del servicio de telecomunicaciones móviles.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 1 al 2

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

"Teléfono Comunicaciones Personales S.A c/ D.N.C.I. -disp. 524/01 (Expte. 607-84/98)

SENTENCIA, 19.423 del 6 DE AGOSTO DE 2002

Sumario nro. K0023238

SUMARIO

**PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-APLICACIÓN DE LA LEY-AUTORIDAD DE APLICACIÓN -
SECRETARIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES:
FUNCIONES-TELEFONÍA CELULAR**

La Secretaría de Industria y Comercio tiene a su cargo el control de la actividad desarrollada por las empresas que comercialicen el servicio de telefonía móvil en todo aquello que se relacione con la atribución conferida de velar por los derechos del consumidor a la luz de las previsiones contenidas en la ley 24.240 y en tanto no se vinculen directamente con la prestación misma del servicio, supervisión a cargo de la Secretaría de Comunicaciones.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

"Teléfono Comunicaciones Personales S.A c/ D.N.C.I. -disp. 524/01 (Expte. 607-84/98)

SENTENCIA, 19.423 del 6 DE AGOSTO DE 2002

Sumario nro. K0024229

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-TELEFONIA CELULAR-DEBER DE INFORMACIÓN-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

La invocación del Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles y la solicitud de servicio suscripta por el consumidor, no exime a la empresa de telefonía celular de su deber de informar en los términos del art. 4 de la ley 24.240 ya que al co-contratante, al ser la parte más débil del contrato, sólo le queda la posibilidad de aceptar las condiciones fijadas o no celebrar el contrato.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 4

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala 03 (Argento, Grecco.)

“Telefónica Comunicaciones Personales SA c/ DNCI DISP 319/02(Expte 64-4810/99)”.

SENTENCIA, 142334/0 del 2 DE SETIEMBRE DE 2004

Sumario nro. F0025425

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-COMPETENCIA PROVINCIAL-TELECOMUNICACIONES-TELEFONIA CELULAR-FACTURACION EXCESIVA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-PROCESO ORDINARIO-DAÑOS Y PERJUICIOS

En relación a la decisión que se propone, y en el plano del derecho procesal constitucional la solución que se brinda responde al objeto del amparo y los hechos en que se fundó la acción y se han acreditado y al marco decisorio institucional que el Tribunal ejerce para evitar daños a los consumidores/ usuarios (art. 42 de la C.N. y ley 24.240) para lo que he tenido especialmente en cuenta la nueva doctrina de la CSJN. del 05-04-05 en “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Sec. Energía y Puertos”, donde definió la competencia de los entes reguladores y dejó aclarado que no tienen funciones jurisdiccionales ni competencia para dirimir conflictos sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de la prestación del servicio. En consecuencia corresponde que cualquier cuestión patrimonial o indemnizatoria sea dirimida por los tribunales ordinarios competentes y no por los tribunales administrativos, arbitrales o entes reguladores.

Este criterio se ha consolidado en el precedente “Sadegui S.C.A. c/ Aguas Argentinas”, fallado el día 23-08-05 donde se asignó competencia al juez civil —ordinario— en un conflicto por recategorización de inmuebles que llevaba implícita una revisión tarifaria e involucraba directamente a un usuario - consumidor de un servicio de agua potable. Por ello que la solución que se adopta remite necesariamente a un trámite ordinario posterior a los efectos de que se diriman, entre usuarios y consumidores representados por DECOVI. y la prestadora del servicio, las diferencias patrimoniales a que hubiere lugar según las circunstancias de hecho y prueba de cada caso.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNDAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

.....

Identificación SAIJ: A0069667

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INTERPRETACIÓN DE LA LEY-SERVICIO PÚBLICO TELEFÓNICO-APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY: ALCANCES

La ley 24.240 comporta un marco de integración armónico con las normas que regulan el servicio telefónico. En efecto, la supletoriedad prevista en el art. 25 de la ley, en su relación con los servicios públicos domiciliarios con legislación específica, controlados por organismos allí previstos, debe ser entendida como su aplicación en ausencia de previsión, pero no una subordinación del microsistema del consumo (Disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, Ley 24.240 Art. 25

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Argibay)

Telefónica de Argentina S.A. s/ deduce inhibitoria.

SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2007

XV | Gas

.....

Identificación SAIJ: N0015124

SUMARIO

LAUDO ARBITRAL-ARBITRAJE DE CONSUMO-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

No constituye causal de invalidación del laudo arbitral, la circunstancia de que los árbitros omitieron considerar lo prescripto por la ley 25.561: 13, que estableció un régimen jurídico especial aplicable al mercado de gas; pues, en rigor, la apuntada disposición, que facultó al poder ejecutivo a regular, transitoriamente, los precios de los insumos, bienes y servicios críticos, a fin de proteger los derechos de los usuarios y consumidores, de la eventual distorsión de los mercados o de acciones de naturaleza monopólica u oligopólica, carece de relación directa e inmediata con la cuestión puesta a decisión de los árbitros; ya que, el específico ámbito de aplicación del reseñado precepto, es el de la protección del consumidor definido por la ley 24.240 y, mas concretamente, lo que tutela la ley 25.561: 13 es, exclusivamente, el contrato entre el concesionario y el usuario (conf. gerscovich, c., "la legislación de emergencia, decretos, resoluciones ministeriales y comunicaciones del bcra, anotados y concordados", buenos aires, 2002, pags. 234 y 238), mas, no aprehende la situación de un contrato distinto al habido entre concesionario y usuario, como es el existente entre el concesionario y el productor o —como en la especie—, entre el distribuidor y el productor, de tal manera, la ausencia de la apuntada relación

directa e inmediata entre la citada ley 25.561: 13 y la materia comprendida en el arbitraje, permite concluir que dicha norma no es indispensable para fundar adecuadamente el laudo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, LEY 25.561 Art. 13

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(VASSALLO - DIEUZEIDE - HEREDIA.)
MOBIL ARGENTINA SA c/ GASNOR SA s/ LAUDO ARBITRAL S/ QUEJA.
SENTENCIA, 51804/06 del 8 DE AGOSTO DE 2007

XVII | Responsabilidad por productos elaborados

Sumario nro. A0079608

TEMA

RECURSO EXTRAORDINARIO-INADMISIBILIDAD DEL RECURSO-MULTA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ELABORACION DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE

TEXTO

El recurso extraordinario interpuesto por una empresa fabricante de productos alimenticios que había sido multada en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240), en el marco de una causa originada a raíz de una denuncia efectuada por una consumidora que encontró un diente en el interior de una barra de cereal, es inadmisibile en virtud de lo establecido en el art. 280 del Código procesal Civil y Comercial de la Nación.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Highton de Nolasco - Lorenzetti - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por Arcor en la causa Barcia, Stella Maris c/ Telecentro y otros s/ supuesta infracción a la Ley Nacional N° 24.240 y sus modificatorias
SENTENCIA del 17 DE DICIEMBRE DE 2019

Identificación SAIJ : C0410432

TEMA

DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS ELABORADOS-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-OBLIGACION DE SEGURIDAD-DERECHOS DEL CONSUMIDOR
Cuando un daño es producido por un producto elaborado resulta aplicable el art. 40 de la Ley 24.240, que prevé la responsabilidad por los daños que resultan por el vicio o riesgo de la cosa o de la prestación de servicios. En tal sentido, se ha sostenido que siempre que se estuviera en una relación de consumo en cualquiera de sus etapas, debe aplicarse el sistema de protección del consumidor sin importar la existencia o no de un vínculo contractual, dado que se trata de un deber de seguridad objetivo que surge de los arts. 42 de la Constitución Nacional y los arts. 5, 6 y 40 de la ley 24.240 que constituye una obligación de carácter principal y autónoma, erigida en un derecho de los consumidores y usuarios.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240 Art.5 al 6, Ley 24.240 Art.40

FALLOS

**CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL**

Sala K (Hernández - Ameal)

P., O. R. c/ Cienfuegos S.A. y Otro s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA del 4 DE MAYO DE 2017

Nro.Fallo: 17020013

Identificación SAIJ : C0410431

TEMA

DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-PIROTECNIA-DAÑO POR VICIO O RIESGO DE LA COSA

Corresponde condenar a una fábrica de artículos de pirotecnia a abonar una indemnización a quien sufrió la pérdida total de la visión de su ojo izquierdo debido al estallido, en forma repentina, de un fuego artificial que el damnificado se encontraba encendiendo dado que éste actuó según las instrucciones del producto -que en el caso resultaron insuficientes- y es el fabricante quien tiene la carga de proveer información exacta y detallada al usuario para la utilización del mismo. En consecuencia al no acreditarse un obrar culposo por parte de la víctima, debe presumirse que el hecho dañoso tuvo origen en el riesgo de la cosa.

FALLOS

**CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL**

Sala K (Hernández - Ameal)

P., O. R. c/ Cienfuegos S.A. y Otro s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA del 4 DE MAYO DE 2017

Nro.Fallo: 17020013

Identificación SAIJ : R0022162

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD OBJETIVA

La empresa productora de una bebida debe responder por los daños que sufrió un consumidor al adquirir una botella en cuyo interior se advertía un cuerpo extraño transparente, en tanto cabe concluir que se trata de una falla del sistema de producción, automatizado o humano, pues ya sea que se trate de error o sabotaje interno, todo queda bajo la órbita de su responsabilidad objetiva -art. 1113 del CC- y si se tratara de sabotaje externo y por ende ajeno, debió probarlo de manera inequívoca, para lo cual era indispensable peritar la botella y ello no ha sido propuesto en autos.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Código Civil Art.111

FALLOS

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA

(ALDO RAMON SANTIAGO NOVAK)

COLAZO MIGUEL ÁNGEL c/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G. s/

ABREVIADO - OTROS
SENTENCIA del 30 DE ABRIL DE 2015
Nro.Fallo: 15160010

Identificación SAIJ : R0022163

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DAÑO MORAL

Corresponde indemnizar el daño moral que sufrió el consumidor accionante al adquirir una bebida en cuyo interior se encontraba un cuerpo extraño transparente, por cuanto luce evidente que las afecciones que invoca derivan del propio hecho de encontrarse con una botella de gaseosa con un elemento extraño en su interior, circunstancia que en sí misma resulta desagradable y repugnante, de solo pensar que pudo haber ingerido parte del contenido. De igual forma, resulta derivable de tal evento la lesión a la confianza que en general los consumidores y usuarios tienen respecto de las marcas líderes en los distintos productos y servicios, sin que existan dudas respecto de la que la demandada engasta en tal condición.

FALLOS

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA
(ALDO RAMON SANTIAGO NOVAK)
COLAZO MIGUEL ÁNGEL c/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G. s/
ABREVIADO - OTROS
SENTENCIA del 30 DE ABRIL DE 2015
Nro.Fallo: 15160010

Identificación SAIJ : R0022161

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Debe responsabilizarse a una empresa productora de bebidas por los daños que sufrió un consumidor al adquirir una botella de gaseosa en cuyo interior se advertía un cuerpo extraño transparente, pues a la demandada para eximirse de responsabilidad no le es suficiente la acreditación de tener un establecimiento habilitado, un sistema de producción automatizado y de medidas de seguridad y calidad de rango internacional si no logra dar cuenta en el caso concreto cómo llegó un elemento extraño al interior de una botella cerrada y puesta en el mercado para su consumo, y que ello no le es imputable.

FALLOS

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA
(ALDO RAMON SANTIAGO NOVAK)
COLAZO MIGUEL ÁNGEL c/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G. s/
ABREVIADO - OTROS
SENTENCIA del 30 DE ABRIL DE 2015
Nro.Fallo: 15160010

.....
Identificación SAIJ : C0409547

SUMARIO

RESPONSABILIDAD DEL FARMACEUTICO-SUMINISTRO INFIEL DE MEDICAMENTOS-EXPENDIO DEMEDICAMENTOS-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DAÑOS Y PERJUICIOS-DAÑO A LA SALUDMORAL O FISICA

La firma propietaria de una farmacia es responsable de los daños que sufrió en la salud un cliente al que se le entregó una medicación diferente a la recetada y pedida, toda vez que, no cumplió con la obligación impuesta por el art. 30 de la ley 17.565 de verificar la igualdad entre el medicamento indicado y el expedido, y el nexo de causalidad entre el hecho denunciado y los daños padecidos quedó acreditado con el reconocimiento de la venta errónea y el testimonio del profesional solicitante del fármaco que evidenció por parte de la actora, una falta de respuesta al tratamiento prescripto y la aparición de un nuevo cuadro clínico. Mas aun cuando tratándose de la adquisición de un producto para su consumo final, se configuran en el caso los extremos previstos por los arts. 1,2, y 5 de la ley 24.240.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.565 Art.30
Ley 24.240 Art.1 al 2
Ley 24.240 Art.5

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala L (PEREZ PARDO - GALMARINI - LIBERMAN)

Bertolini, Jeanette c/ Farmacia Varela S.A. s/ daños y perjuicios

SENTENCIA del 31 DE OCTUBRE DE 2012

Nro.Fallo: 12020207

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala L (Pardo - Galmarini - Liberman)

Bertolini, Jeanette c/ Farmacia Varela S.A. s/ daños y perjuicios

SENTENCIA del 31 DE OCTUBRE DE 2012

Nro.Fallo: 12020197

.....
Identificación SAIJ: N0017238

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-AUTOMOTORES-ACCIDENTE DE TRÁNSITO-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-DEFECTOS DE FABRICACIÓN-RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR-INDEMNIZACIÓN-INDEMNIZACIÓN INTEGRAL

Toda vez que la parte actora sufrió un siniestro mientras manejaba su rodado a causa de un desperfecto técnico en éste, no puede pretender la compañía automotriz demandada que se extinga su obligación resarcitoria mediante el importe abonado por la compañía aseguradora. Esta última debía responder -y lo hizo sobre la base del contrato de seguro que la vinculaba con el actor, esto es, una causa de deber diferente de la que aquí se trata. El pago hecho por la compañía de seguros absorbió la mayor parte del daño material que afectara el vehículo, razón por la cual el actor hizo lo correcto al deducir ese importe en la pretensión resarcitoria dirigida contra la demandada. Pero más allá de los alcances de aquella relación originada en el seguro, la demandada debe responder en virtud del principio de la reparación integral (artículo 1183 y concs. Código Civil), lo que da sustento a este reclamo, puesto que la indemnización debe comprender la cantidad necesaria de dinero para poder adquirir un vehículo igual al que el actor tenía, así como la reparación de otros perjuicios derivados del hecho (arg. artículos 579, 2178 *in limine*, 2176 y concs. Código citado).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 579, Ley 340 Art. 1183, Ley 340 Art. 2176, Ley 340 Art. 2178

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(Monti - Garibotto - Kölliker Frers (Sala Integrada).)

LOPEZ RENE ADRIAN c/ PEUGEOT CITRÖEN ARGENTINA SA s/ ORDINARIO.

SENTENCIA, 22676/06 del 11 DE MARZO DE 2011

Identificación SAIJ: N0017335

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD POR DAÑOS-RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Entablada una demanda de daños y perjuicios contra una concesionaria y un fabricante, a causa de los desperfectos técnicos que manifiesta el auto adquirido a las demandadas, resulta aplicable el art. 11 de Ley 24.240 que establece que en caso de comercialización de cosas muebles no consumibles —tal el caso de autos—, el consumidor goza de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole - aún cuando hubieran sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato- en la medida en que afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado y su correcto funcionamiento, tal responsabilidad por el otorgamiento y el cumplimiento de esa garantía de buen funcionamiento de la cosa se extiende a todo interviniente en la cadena de comercialización, en la especie la concesionaria y el fabricante. Esta responsabilidad solidaria establecida por el artículo 13 de la Ley 24.240 difiere de la del art. 40 pues se extiende a todas las relaciones contractuales referidas a actos de consumo si del vicio o riesgo de la cosa resulta un daño para el consumidor. Pero en cualquiera de los dos casos no cabe duda que ni la demandada en su calidad de vendedora del bien, ni el fabricante como tal están exentas de responsabilidad. Es decir, esta garantía consiste en el deber que tiene todo proveedor, siguiendo el art. 2 de la ley citada, en el supuesto de refacción no satisfactoria por no tener el bien las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinado, de sustituirlo por uno nuevo de idénticas características o aceptar la devolución de la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de reintegrar las sumas pagadas conforme el precio actual, o hacer una quita proporcional del precio. (Picasso Vázquez Ferreira, "Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada", t. I, págs. 169/70, Editorial La Ley, 2009). Ello así, procede condenar a las defendidas a la reparación del automotor y el pago de \$10.000 por daño moral.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 2, Ley 24.240 Art. 11, Ley 24.240 Art. 13, Ley 24.240 Art. 40

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(Tevez - Barreiro - Ojea Quintana.)

ORITI, LORENZO CARLOS c/ VOLKSWAGEN ARGENTINA S.A. Y OTRO s/ ORDINARIO.

SENTENCIA, 67141/05 del 1 DE MARZO DE 2011

Identificación SAIJ: N0017334

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-COMPRAVENTA DE AUTOMOTORES-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR-RESPONSABILIDAD SOLIDARIA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

En tablada una demanda de daños y perjuicios contra una concesionaria y un fabricante, a causa de los desperfectos técnicos que manifiesta el auto adquirido a las demandadas, resultó acreditado que el actor reclamó en octubre del 2000 la reparación del automotor con causa en el zumbido detectado al funcionar. Sin embargo, ninguna de las demandadas cumplió con la obligación impuesta por la garantía: la reparación de ese desperfecto. Y a ello no obsta lo expuesto por el fabricante en su expresión de agravios en punto a que el vehículo “rodó sin inconvenientes más de 170.000 “. Adviértase que aquí no se discute si el defecto del automotor lo tornó inapto para su funcionamiento, sino si las demandadas cumplieron o no con la obligación de garantía legal prevista por la Ley 24.240. A más la instalación de un equipo de GNC no tiene relación alguna con el sistema de caja de velocidad y transmisión donde se produce el ruido; cabe hacer especial hincapié en el hecho de que las defendidas son comerciantes profesionales, condición que las responsabiliza de manera especial. Así pues tal carácter involucra su superioridad técnica como titular de una hacienda especializada e implica un mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas. Y lo cierto es que el proceder de las defendidas en el plano de su colaboración no se ajustó —objetivamente— al que debe imperar en operatorias como la de la especie, de las que resulta la exigencia de diligencia acorde con el objeto hacendal y la organización que debe mantener para llevar adelante su giro correctamente (Juzgado Comercial 13 Secretaría 25, 10.05.06, “Sio Roberto Oscar y otros c/ Renault Argentina S.A.”). Ello así, procede condenar a las defendidas a la reparación del automotor y el pago de \$10.000 por daño moral.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(Tevez - Barreiro - Ojea Quintana.)

ORITI, LORENZO CARLOS c/ VOLKSWAGEN ARGENTINA S.A. Y OTRO s/ ORDINARIO.

SENTENCIA, 67141/05 del 1 DE MARZO DE 2011

.....
Identificación SAIJ: C0403547

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-PROTESIS MAMARIA-CARGA DE LA PRUEBA-OMISIÓN DE PRUEBA: EFECTOS

En el marco de una rotura de una prótesis mamaria, la empresa proveedora demandada es quien tiene la carga de probar la falsedad de los remitos presentados por la actora, o que esa misma prótesis había sido destinada a otros fines, hechos que la emplazada no ha conseguido demostrar.

No caben dudas que quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo, se expone al riesgo de no formar la convicción del juez sobre la existencia de los hechos de que se trate y, por consiguiente, a la perspectiva de una sentencia desfavorable. (Sumario confeccionado por el SAIJ)

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala B (MAURICIO LUIS MIZRAHI - GERONIMO SANZO - CLAUDIO RAMOS FEIJOO)

F., F. A. c/ M. S. A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

SENTENCIA del 12 DE NOVIEMBRE DE 2009

.....
Identificación SAIJ: C0402967

SUMARIO

RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-ALIMENTOS CONTAMINADOS-BEBIDA GASEOSA-DAÑO MORAL: CONFIGURACIÓN

El solo hecho de que el padre diera al hijo de tres años una gaseosa contaminada con hidrocarburo no basta para tener por comprobado el daño, aun cuando esa mera entrega hubiera constituido un riesgo de generar un daño en la salud del niño (sumario confeccionado por el SAIJ).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala F (POSSE SAGUIER, Fernando, GALMARINI, José Luis, ZANNONI, Eduardo A.)

Dube, Mario Daniel c/ Coca Cola de Argentina S.A. s/ daños y perjuicios

SENTENCIA, 11420/2002 del 20 DE MAYO DE 2008

Identificación SAIJ: C0402969

SUMARIO

RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE - ALIMENTOS CONTAMINADOS-BEBIDA GASEOSA - DAÑO MORAL: CONFIGURACIÓN - PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA

Una vez abierta la lata de una gaseosa que el actor indica como contaminada con hidrocarburo, resulta indispensable determinar si fue analizado el contenido de la misma lata en las mismas condiciones en que fue expedida por la máquina. La falta de certeza sobre esa situación obsta a que se responsabilice a la empresa fabricante y a la proveedora de los concentrados para la elaboración y fraccionamiento de la bebida (sumario confeccionado por el SAIJ).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala F (POSSE SAGUIER, Fernando, GALMARINI, José Luis, ZANNONI, Eduardo A.)

Dube, Mario Daniel c/ Coca Cola de Argentina S.A. s/ daños y perjuicios

SENTENCIA, 11420/2002 del 20 DE MAYO DE 2008

Identificación SAIJ: C0402970

SUMARIO

RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-ALIMENTOS CONTAMINADOS-BEBIDA GASEOSA-FACTORES ATRIBUTIVOS DE RESPONSABILIDAD

Resulta excesivo e improcedente acudir al factor de atribución objetivo para responsabilizar al fabricante o a quienes integran la cadena de comercialización de una gaseosa que el actor indica como contaminada con hidrocarburo, cuando no se han seguido los pasos necesarios para determinar con suficiente certeza quién o en qué oportunidad se produjo la contaminación del contenido de esa lata (sumario confeccionado por el SAIJ).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala F (POSSE SAGUIER, Fernando, GALMARINI, José Luis, ZANNONI, Eduardo A.)

Dube, Mario Daniel c/ Coca Cola de Argentina S.A. s/ daños y perjuicios

SENTENCIA, 11420/2002 del 20 DE MAYO DE 2008

Identificación SAIJ: C0403030

SUMARIO

ASISTENCIA MEDICA-CIRUGIA ESTETICA-DEFECTOS DE FABRICACIÓN-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

1- La responsabilidad por defectos de fabricación de la empresa poseedora de una prótesis mamaria debe encuadrarse en lo dispuesto por el art. 40 de la ley 24.240. Así, el vendedor que contrata directamente con el consumidor responde por vicio o riesgo de la cosa, basándose su responsabilidad en la obligación de garantía o seguridad que le impone a aquél la carga de preservar al consumidor final del producto.

2- Su responsabilidad frente al consumidor es sin atenuantes y sólo puede eximirse probando la culpa de la víctima o el hecho de un tercero por el cual no deba responder, categoría esta última dentro de la que no puede considerarse al fabricante o a cualquier otro que interviene en la cadena de comercialización.

3- En consecuencia y, mas allá de las eventuales acciones de regreso que podrían ejercerse entre todos los que la ley de Defensa del Consumidor considera responsables, el vendedor no puede exonerarse argumentando que el vicio de la cosa es exclusivamente de fabricación, o por una manipulación en la que no tuvo ninguna intervención, o porque le resultaba imposible controlar la calidad del producto, o por el hecho de existir numerosas causas que podrían haber provocado el defecto del producto - desinflado de la prótesis mamaria por fisura en su válvula-. Tampoco por la realización de una mamografía en la época en que la prótesis comenzó a tener problemas, pues si ésta no resistió un estudio médico habitual solicitado para prevención y control de enfermedades de la glándula mamaria, sólo puede concluirse que el producto no reunía las condiciones mínimas de calidad.

(Sumario N°18058 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil Boletín N°4/2008).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 40

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala L (CORTELEZZI.)

L.L., M.Y c/ MEDIC S.A. y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

SENTENCIA del 26 DE JUNIO DE 2008

.....
Identificación SAIJ: C0403548

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-RESPONSABILIDAD OBJETIVA-PROTESIS MAMARIA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

En los casos de responsabilidad por productos el deber de reparar tiene naturaleza objetiva (en el caso se trata de una rotura de prótesis mamaria). La ley 24.240 no discrimina entre productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor o vendedor, siendo de igual naturaleza para todos ellos el factor de atribución de responsabilidad.

Así, el vendedor que contrata directamente con el consumidor responde por vicio o riesgo, basándose su responsabilidad en la obligación de garantía o seguridad que le impone la carga de preservar al consumidor final del producto. Y aún cuando se argumente que es posible que el vendedor se exonere cuando el vicio de la cosa es exclusivamente de fabricación o de una manipulación en la que no tuvo ninguna intervención, o porque le resultaba imposible controlar la calidad del producto, lo cierto es que tales eximentes no surgen de la normativa legal en cuestión (art 40 de la ley 24.240); dispositivo que prescribe la responsabilidad sin atenuantes ante el consumidor. (Sumario confeccionado por el SAIJ)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, Ley 24.240 Art. 40

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala B (MAURICIO LUIS MIZRAHI - GERONIMO SANZO - CLAUDIO RAMOS FEIJOO)

F., F. A. c/ M. S. A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

SENTENCIA del 12 DE NOVIEMBRE DE 2009

Identificación SAIJ: Q0024127

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE

El proveedor constituye una categoría característica del derecho del consumidor y hace referencia a todo el sector oferente de productos y servicios, en la medida en que se realice profesionalmente y en el marco de una relación de consumo. La noción de proveedor es deliberadamente amplia para incluir a todos los sujetos que actúan del lado de la oferta en el mercado. En tanto que la relación jurídica de consumo se asienta en el acto de consumo, es claro que este elemento distribuye los polos activos según los que ofrecen y los que consumen bienes. La noción de proveedor se separa de las tradicionalmente utilizadas en el derecho privado: comprende a todos los que ofrecen”.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT

Sala B (Graciela Mercedes García Blanco Néida Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)

A. A. SA Y G. M. DE A. SRL en autos: “L. T. SRL (Z., M. G.)c/ A. A. Y C. s/ RECLAMO s/ APELACIÓN art. 7 LEY 4219

SENTENCIA, 56-C-10 del 11 DE NOVIEMBRE DE 2010

Sumario nro. A0065016

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-ACCIDENTE EN ASCENSOR-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE - RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL - IMPROCEDENCIA DEL RECURSO

Es improcedente el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que —al condenar por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de una persona al caer por el hueco de un ascensor— atribuyó responsabilidad a la empresa prestataria del servicio de mantenimiento, a la que también imputó vicio en el funcionamiento y las fallas en el diseño comprobadas, por su calidad de fabricante del producto, si por parte de la apelante no se aportó una explicación satisfactoria, que permita modificar lo resuelto.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López, Bossert. Disidencia: Abstención: Fayt, Petracchi, Boggiano, Vázquez.)

Hemmerling Basurco de Arroyo, Nancy Yolanda c/ Hotel Panamericano S.A. y otro s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA del 10 DE OCTUBRE DE 2002

Sumario nro. C0400788

SUMARIO

PRESCRIPCIÓN-COMPUTO DEL PLAZO-RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE

Cuando se trata de responsabilidad del fabricante frente al consumidor no adquirente directo, al no existir entre ellos ninguna vinculación contractual, nos encontramos frente a una típica responsabilidad extracontractual, de ahí que el plazo de prescripción es el de dos años previsto por el art. 4037 del Código Civil.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 4037

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala H (KIPER.)

LODOLI, Roberto c/ MASSALIN PARTICULARES S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

SENTENCIA del 26 DE FEBRERO DE 2001

Sumario nro. C0400758

SUMARIO

COMPETENCIA COMERCIAL-DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS ELABORADOS-TABACO-CIGARRILLOS-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE

Resulta competente la Justicia Comercial para intervenir en la acción que persigue la reparación de los daños y perjuicios provocados por la adicción creada hacia el cigarrillo —con fundamento en lo dispuesto por la ley 24.240— contra la empresa que lo fabrica y comercializa.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala DE SUPERINTENDENCIA ()

LLANO, Juan José c/ NOBLEZA PICARDO S.A. y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - COMPETENCIA

INTERLOCUTORIO del 24 DE ABRIL DE 2001

Sumario nro. K0023576

SUMARIO

ENARGAS-GAS NATURAL COMPRIMIDO-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-RESPONSABILIDAD DEL TALLERISTA-RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

El productor de equipos completos de gas comprimido es solidariamente responsable con los talleres de montaje con quienes ha firmado acuerdos comunicados al ENARGAS.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

“Distribuidora Shopping S.R.L. c/ Resol. 573/98 -Enargas (expte.3018/97)”. s/ .

Sumario nro. C0400080

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS ELABORADOS -CIGARRILLOS-
RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE: NATURALEZA JURÍDICA -RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Cuando se trata de la responsabilidad del fabricante de un producto (cigarrillos) que presuntamente ha ocasionado un daño al consumidor, no adquirente directo, al no existir entre los mismos ninguna vinculación contractual, nos encontramos frente a una típica responsabilidad extracontractual. (Sumario confeccionado por el SAIJ).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala H (CLAUDIO M. KIPER - MARCELO J. ACHAVAL - ELSA H. GATZKE REINOSO DE GAUNA)

Lodoli Roberto c/ Massalin Particulares S.A s/ daños y perjuicios

SENTENCIA del 26 DE FEBRERO DE 2001

Sumario nro. C0400081

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-PRESCRIPCIÓN-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE -
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL-RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS
ELABORADOS-CIGARRILLOS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Delimitado el ámbito de responsabilidad del fabricante, de un producto que presuntamente ha ocasionado un daño al consumidor, no adquirente directo, como extracontractual, el plazo de prescripción de la acción es el previsto por el artículo 4037 del Código Civil, vale decir, el de dos años. (Sumario confeccionado por el SAIJ).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 4037

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala H (CLAUDIO M. KIPER - MARCELO J. ACHAVAL - ELSA H. GATZKE REINOSO DE GAUNA)

Lodoli Roberto c/ Massalin Particulares S.A s/ daños y perjuicios

SENTENCIA del 26 DE FEBRERO DE 2001

Sumario nro. A0065017

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-ACCIDENTE EN ASCENSOR-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE - LEY
APLICABLE

Debe rechazarse el agravio referido a la aplicación retroactiva de la ley 24.240, si la responsabilidad atribuida al fabricante y prestatario del mantenimiento del ascensor cuyo mal funcionamiento produjo

los daños reclamados, no se fundó exclusivamente en esa disposición, sino en principios generales del derecho común —art. 1081 del Código Civil— relacionados con el deber de seguridad del fabricante ante el usuario, así como la culpa en que incurrió la empresa al no informar al dueño de los defectos comprobados que presentaba el aparato.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 1081, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López, Bossert. Disidencia: Abstención: Fayt, Petracchi, Boggiano, Vázquez.)

Hemmerling Basurco de Arroyo, Nancy Yolanda c/ Hotel Panamericano S.A. y otro s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA del 10 DE OCTUBRE DE 2002

Sumario nro. T0005098

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-IDENTIFICACIÓN DE MERCADERIAS-RÓTULOS DE CALIDAD Y ORIGEN-RESPONSABILIDAD DEL COMERCIANTE-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-INFRACCIÓN FORMAL GENÉRICA

1 - Para dar cumplimiento a lo establecido en el art. 1, inc. b) de la ley de lealtad comercial, las indicaciones de los rótulos deben contener expresiones que permitan conocer inequívocamente el país en el que fue fabricado el producto y la leyenda de los productos cuestionados no se ajusta a tal normativa, ya que la enunciación que presenta resulta equívoca puesto que no permite conocer con certeza si el producto fue elaborado en el país que figura en aquélla o la empresa que los produce es de aquel origen (Del voto del Dr. Hornos).

2 - La responsabilidad del comerciante en relación a la debida identificación de la mercadería a comercializar no resulta desplazada por la que también le cabe al fabricante, fraccionador o importador, siendo su obligación legal no comercializar productos o frutos cuya identificación contravenga lo dispuesto por el art. 1 de la ley 22.802 citada(Del voto del Dr. Hornos).

3 - Las infracciones como la investigada, consistente en el incumplimiento de la debida identificación del producto en origen al país de fabricación, revisten el carácter de formales, para cuya configuración y sanción sólo se requiere su simple constatación (Del voto del Dr. Hornos).

4 - La ley de lealtad comercial pretende preservar la lealtad en las relaciones comerciales, que abarca los derechos de los consumidores y los de los competidores, por lo que se sancionan conductas que puedan producir desvío o captación potencial de clientelas por medio de métodos contrarios a la lealtad en las relaciones comerciales (Del voto del Dr. Hornos).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art. 1

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala B (HORNOS - GRABIVKER - PIZZATELLI)

CARREFOUR ARGENTINA S.A.; PLASTERFLEX S.A. s/ Lealtad comercial

SENTENCIA, 44349 del 15 DE MARZO DE 2001

Sumario nro. N0010497

SUMARIO

COMPETENCIA COMERCIAL-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE: PROCEDENCIA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Resulta competente la justicia comercial para entender en una causa en la que se reclama el incumplimiento atribuido a un fabricante derivado de los perjuicios que dice haber experimentado la pretensora con fundamento en la Ley 24.240, y la obligación de garantía que asume frente al consumidor. Ello pues, así se considere que la responsabilidad del fabricante configura un supuesto de ensanchamiento de la responsabilidad contractual o se ubique en la órbita extracontractual, la eventual obligación de indemnizar bien puede ser, de todos modos, de índole mercantil (CCOM art. 5 y su doctrina; V. Fontanarrosa, R. O., "Derecho Comercial Argentino, parte general", 5ta. edición revisada y ampliada, Págs. 159 y 160, nros. 129 y 130, bs. as., 1976; V. Fernández, R. L., "Código..", T. I, Vol. I, pags. 64 y 65, Bs. As., 1970; V.

Satanowsky, M., "Tratado..", T. 2, Págs.. 67/75, Bs. As., 1957).

En tal sentido cabe precisar, que se trata de una cuestión subsumible en la previsión del art. 43 bis que atribuye competencia a los jueces nacionales de primera instancia en lo comercial de la capital federal en todas las cuestiones regidas por las leyes comerciales cuyo conocimiento no haya sido expresamente atribuido a los jueces de otro fuero.

(En la especie, resultaría ser comercial la invocada obligación de indemnizar; en virtud de la aparente conexión de los hechos denunciados con la actividad mercantil de la defendida).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 2.637 Art. 5, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala B (DIAZ CORDERO - PIAGGI - BUTTY.)

FREINMAN, HAROLD JOSEPH Y OTRA c/ TURINAUT SA Y OTROS s/ SUMARIO.

SENTENCIA del 17 DE OCTUBRE DE 2002

Sumario nro. N0010504

SUMARIO

PRUEBA ANTICIPADA:IMPROCEDENCIA-DILIGENCIAS PRELIMINARES-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-OBLIGACIONES DEL FABRICANTE

Resulta improcedente deducir una solicitud de prueba anticipada por medio de la cual se requiere que una fábrica de automóviles brinde completa información sobre problemas detectados en un vehículo, procedimientos para hacerlo, posibles consecuencias, siniestros registrados, técnicas de solución y demás puntos de interés respecto del modelo del rodado en cuestión con base, —como en el caso—, en que la defendida no habría atendido un anterior requerimiento extrajudicial y en la necesidad de contar con tal información para definir su proceder frente a la fabricante, considerando la insuficiencia de ciertas comunicaciones de la accionada. Ello así, toda vez que lo solicitado por el pretensor no puede encuadrarse en los términos del C.P.C.C. art. 326; puesto que lo manifestado no se dirige a fundar el temor concreto sobre la dificultad o imposibilidad de producción de la prueba en la etapa pertinente; sino en la necesidad de contar con cierta información para la promoción de una futura demanda resarcitoria contra el fabricante del rodado, con apoyo en lo dispuesto por la C.N. art. 42 y la Ley 24.240. De modo pues, que la hipótesis puede subsumirse en la previsión del C.P.C.C. art. 323 que enuncia distintas situaciones que permiten a quienes están legitimados a actuar como parte en un juicio futuro, prepararlo mediante medidas preliminares, es decir, que la petición debe fundarse,

justificándose fehacientemente que la diligencia es imprescindible y útil para entablar correctamente la demanda.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 17.454 Art. 323, Ley 17.454 Art. 326, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala B (DIAZ CORDERO - PIAGGI - BUTTY.)

STRATTA, MARIA GEROGINA c/ RENAULT ARGENTINA SA s/ DILIGENCIA PRELIMINAR.

SENTENCIA del 16 DE OCTUBRE DE 2002

Sumario nro. N0010541

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-DEFECTOS DE FABRICACIÓN

Cabe hacer lugar al reclamo de indemnización por los daños causados sobre un cultivo —en el caso, de algodón— debido a la utilización de un herbicida, toda vez que de las constancias de la causa —confesión ficta, testimonio de los ingenieros agrónomos intervinientes en la siembra— cabe concluir que la pérdida del cultivo se debió a un defecto insito en el producto, resultando el fabricante responsable por el daño causado dado que este debía conocer todas las características y propiedades químicas del producto, en especial aquellas que podían tornarlo perjudicial para los cultivos (CCIV art. 2176), sin que pueda alegar en su defensa que se debió a su mal uso, por no haberlo aplicado inmediatamente después de la siembra, basándose para ello en la fecha de las facturas de compra del producto, ya que la fecha de las facturas —posteriores a la fecha de siembra— no predica *per se* que en tales oportunidades la actora hubiera recibido el producto en cuestión, pues de esos mismos documentos surge que las compras se hicieron en el marco de una “cuenta corriente” (sic), o mas propiamente trataríase de una “cuenta simple o de gestión” (CCOM art.772), por lo que no tratándose de una venta al contado, es probable que la entrega de la mercadería fuese anterior a la liquidación de la operación y de emitirse la factura —cfr. constancias de la causa—.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 2176, Ley 2.637 Art. 772

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala C (MONTI - DI TELLA - CAVIGLIONE FRAGA.)

SA PASTORIL SANTIAGUEÑA Y CALAFATE SA c/ RHONE POULENC FOMENTALSA S/ s/ ORDINARIO.

SENTENCIA del 8 DE OCTUBRE DE 2002

Sumario nro. C0401909

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-COMPETENCIA COMERCIAL-DAÑOS Y PERJUICIOS - RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS ELABORADOS-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE

Corresponde intervenir a la Justicia Comercial en la acción sobre daños y perjuicios enderezada contra el fabricante del producto adquirido, cuya supuesta deficiencia motiva el reclamo. Ello en razón de que la cuestión queda enmarcada en el ámbito de los derechos del consumidor, esto es en la

responsabilidad por productos elaborados, actualmente regulada en el art. 40 de la ley 24.240 introducida por la ley 24.999, cuyas pautas se integran con la ley 22.262 que atribuye competencia a dicho fuero para conocer en las acciones civiles que resulten de ese cuerpo normativo. Del voto de la mayoría: Dres. Pascual y Burnichón.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.262, Ley 24.240 Art. 40, LEY 24.999

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala L ()

MANSUR ELASKAR, Carlos c/ BMW GROUP BAYERISCHE MOTOREN WERKE AG s/ PRUEBA ANTICIPADA

SENTENCIA del 19 DE DICIEMBRE DE 2002

Sumario nro. N0009821

SUMARIO

COMPRAVENTA-RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-OBLIGACIONES CONCURRENTES-VICIOS-DEFECTOS DE FABRICACIÓN-OBLIGACION DE SEGURIDAD

Es responsable el vendedor, sobre quien recae una obligación de seguridad y garantía concurrente con el fabricante (CCIV art. 1198), por los daños generados al comprador por causa de defectos o vicios que tornen nociva la cosa vendida; responsabilidad esta consagrada, asimismo, a favor de los consumidores en la Ley 24.240.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 1198, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala A (VIALE - PEIRANO - MIGUEZ.)

REPETTO DE MARINO, MATILDE ALEJANDRINA c/ ELECTRODOMESTICOSAURORA SA Y OTRO S/ s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.

SENTENCIA del 17 DE MARZO DE 2003

Sumario nro. N0012570

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-COMPRAVENTA-AUTOMOTORES-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE: IMPROCEDENCIA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Cabe rechazar la acción por indemnización de los daños y perjuicios entablada por el adquirente de un rodado contra el fabricante, cuando ella se funda en el incumplimiento en la entrega de un vehículo y la operación de compra fue concertada directamente con la concesionaria; toda vez que, esta última no se encuentra vinculada por una relación de dependencia jurídica con el fabricante, sino, que es un auxiliar autónomo que actúa en nombre y riesgo propios, asumiendo la calidad de un verdadero comerciante; además, tampoco puede acudirse, en el caso, al régimen de la ley 24.240, pues si bien esta norma consagra a favor del consumidor y del usuario la responsabilidad objetiva del fabricante, no se trata aquí de una obligación de seguridad ni de garantía, sino de la falta de entrega oportuna del

vehículo, en donde el fabricante reviste la calidad de un tercero que no puede, por ende, ser alcanzado por las consecuencias del incumplimiento alegado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(VIALE - PEIRANO - MIGUEZ.)
MONTICELLI, CLAUDIA c/ RENAULT ARGENTINA SA s/ DAÑOS YPERJUICIOS.
SENTENCIA, 74162/99 del 29 DE JUNIO DE 2004

Identificación SAIJ: C0402798

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD OBJETIVA-RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS ELABORADOS-LEGITIMACIÓN PASIVA

1- La responsabilidad por la explosión de un sifón de soda que lesiona al consumidor que lo manipula resulta del riesgo o vicio de la cosa y debe enmarcarse en el contexto determinado por la ley 24.240 (art. 40). 2- Se trata de una responsabilidad objetiva que protege al consumidor quien tiene expedita la acción de responsabilidad concurrente contra todos lo que intervienen en la cadena de consumo, aún la que deriva de la utilización de la marca, la que no es subsidiaria a la del productor o fabricante, ello, y más allá de que se especifique claramente en el producto quien lo fabricó. 3- De ahí que, el Instituto Verificador de Elaboración de Soda en Sifones (I.V.E.S.S.) que autoriza a poner esta marca en los envases o en su interior, garantizando en el mercado que los productos elaborados por sus asociados se ajustan a determinadas pautas de higiene y calidad, debe responder por los daños que su riesgo o vicio causen esos productos a los consumidores. Se trata de un factor de atribución de responsabilidad derivado de la generación de confianza en el usuario del producto. Es que para el consumidor no es indiferente que los productos ostenten esa identificación, porque aunque el fabricante o vendedor del sifón sea otro para aquél, el sifón ha sido elaborado, llenado y gasificado según las normas de excelencia impartidas por la entidad. 4- La responsabilidad de la entidad que pone su marca al servicio de la cosa (I.V.E.S.S.) no queda excusada de los daños ocasionados al consumidor por el vicio o riesgo del producto debido a la expulsión de la asociación que con firma del fabricante, vendedor que incumplió las normas de calidad. Pues aquella debió arbitrar las medidas necesarias para evitar que la utilización indebida de la marca lesionase la confianza del consumidor o al menos debió publicitar suficientemente su desvinculación con el elaborador.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 40

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL
Sala F (ZANNONI, GALMARINI, POSSE SAGUIER.)
IUELE DE PINOTTI, Bárbara Lina c/ SODA PROFESIONAL S.A. y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.
SENTENCIA del 18 DE MAYO DE 2007

Identificación SAIJ: C0402539

SUMARIO

COMPETENCIA-DAÑOS Y PERJUICIOS-ACTOS ILICITOS-RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS ELABORADOS

Es competente la Justicia en lo Civil para intervenir en la acción iniciada por un particular a fin de obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por un pretendido hecho ilícito —en el caso la adquisición de una gaseosa que contenía elementos extraños en su interior y que daría origen a la responsabilidad extracontractual del fabricante demandado y también a la cadena de distribución y comercialización del producto—, dado que dicha acción es de naturaleza eminentemente civil. (Sumario Nº17.255 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín Nº9/2007).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL
Sala DE SUPERINTENDENCIA (AMEAL, REBAUDI BASAVILBASO, DIAZ DE VIVAR.)
COUTO SAN MARTIN ANGEL J. c/ COCA COLA DE FEMESA DE BUENOS AIRESA Y OTRO s/
DAÑOS Y PERJUICIOS s/ COMPETENCIA.
SENTENCIA del 14 DE MARZO DE 2007

Identificación SAIJ: H0000806

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-VICIO O RIESGO DE LA COSA-
RESPONSABILIDAD CIVIL DEL VENDEDOR-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-DAÑO MORAL:
IMPROCEDENCIA

La “falta de respeto” que ocasionó la aflicción de la actora, a consecuencia de los hechos acreditados en autos —entrega de una pileta de lona en mal estado y la tardanza por parte de la demandada en la puesta de la cosa en condiciones de uso— que acarrear intranquilidad en la vida del hogar, justifican la confirmación de la condena a resarcir el daño moral. (Disidencia del Dr. Silva Zambrano)

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN
Sala 02 (Luis E. Silva Zambrano Federico Gigena Basombrio Marcelo J. Medori)
Castañeda, Claudia Soraya. c/ Saturno Hogar S.A. s/ Daños y perjuicios.
SENTENCIA, 309435/4 del 24 DE FEBRERO DE 2009

Identificación SAIJ: H0000805

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-VICIO O RIESGO DE LA COSA-
RESPONSABILIDAD CIVIL DEL VENDEDOR-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-DAÑO MORAL:
IMPROCEDENCIA

Cabe condenar al vendedor de una pileta de lona en mal estado a resarcir el deterioro producido al inmueble de la actora, pues se ha acreditado la relación de causalidad entre el daño ocasionado y el vicio o defecto de la cosa (art. 40 de la Ley 24.240).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 40

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN
Sala 02 (Luis E. Silva Zambrano Federico Gigena Basombrio Marcelo J. Medori)

Identificación SAIJ: H0000807

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-VICIO O RIESGO DE LA COSA-RESPONSABILIDAD CIVIL DEL VENDEDOR-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-DAÑO MORAL:IMPROCEDENCIA

En la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual debe aplicarse un criterio restrictivo y su procedencia resulta de la prueba concreta del perjuicio sufrido, de tal forma que resulte evidente a la evaluación del juez, que el padecimiento generado es de tal entidad como para hacer justa su reparación.

De allí que corresponde revocar la sentencia que condenó al accionado a resarcir el daño moral en tanto, de los elementos de prueba colectados en la causa, surge que a la compradora se le ofreció la alternativa de cambiar la pileta por otra de diferentes características —hasta tanto se reparara o cambiara la adquirida— y las testimoniales dan cuenta del uso que se le dio, por lo que la desilusión o frustración que pudo haberle generado la conducta de la demandada no se corresponde con padecimientos espirituales extraordinarios que fundamenten la indemnización por este específico rubro. (del voto del Dr. Medori, en mayoría)

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN

Sala 02 (Luis E. Silva Zambrano Federico Gigena Basombrio Marcelo J. Medori)

Castañeda, Claudia Soraya. c/ Saturno Hogar S.A. s/ Daños y perjuicios.

SENTENCIA, 309435/4 del 24 DE FEBRERO DE 2009

XVIII | Información al consumidor

A | Deber de información

Sumario nro. J0045424

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-QUEJA-INADMISIBILIDAD DEL RECURSO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACION

TEXTO

Las alegaciones genéricas de los presentantes no logran demostrar cómo se habría configurado un supuesto de gravamen irreparable que constituya para los actores un conculcamiento de los derechos constitucionales de los usuarios y consumidores protegidos por la Constitución nacional y por la ley 24240 desde que, para rechazar la demanda, la Cámara expresó que la empresa accionada no había violado ninguna disposición legal en todo el proceso de readecuación de tarifas, ni había ignorado el deber de información, ya que las normas dictadas fueron publicadas en el Boletín Oficial e informadas a través de la página web de la empresa; y entendió que el Poder Judicial sólo puede revisar la razonabilidad de las decisiones administrativas -en cuanto a los medios adoptados y los fines perseguidos- pero no la conveniencia y oportunidad de las mismas, sin que los actores hayan demostrado que los planes puestos a su disposición no hayan venido a paliar la situación que dicen enfrentar, ni tampoco que hayan solicitado

fundadamente planes especiales y les fueran denegados. - REFERENCIAS
NORMATIVAS: Ley 24240.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - FALISTOCCO - ERBETTA)
GOLLE, SUSANA Y OTROS c/ EMPRESA PROVINCIAL DE LA ENERGIA (EPE) s/ QUEJA POR DENEGACION
DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 5 DE NOVIEMBRE DE 2019

Sumario nro. C2006414

TEMA

INFORMACION AL CONSUMIDOR-EXHIBICION DE PRECIOS

TEXTO

Corresponde rechazar el recurso intentado por una cadena de supermercados contra la multa de un millón de pesos impuesta por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, luego de constatar la existencia de mercadería en las góndolas sin precio indicativo al público, infringiendo lo dispuesto por el artículo 9 inciso a de la ley 4827, que establece que los supermercados e hipermercados deben exhibir los precios de manera clara, visible y legible sobre cada artículo, producto o grupo de una misma mercadería que se encuentre expuesto a la vista del público. Considera que la infracción en la que incurrió la empresa guarda relación directa con la información y los derechos fundamentales del consumidor, ya que la falta de exhibición de los precios agrava la situación de incertidumbre en la que se encuentra el consumidor y dificulta la adopción de decisiones que atiendan debidamente a sus intereses.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY I - Nº 4.827 Art.9

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES,
CIUDAD DE BUENOS AIRES
Sala 01 (Balbín - Schafrik De Núñez - Diaz)
Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros contra GCBA y otros sobre amparo
SENTENCIA del 4 DE AGOSTO DE 2017

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES,
CIUDAD DE BUENOS AIRES
Sala 01 (Fabiana Schafrik - Carlos Balbín)
Coto Centro Integral de Comercialización S.A. c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ Recurso
Directo sobre Resoluciones de Defensa al Consumidor
SENTENCIA del 16 DE ABRIL DE 2019

Identificación SAIJ : I0079749

TEMA

INFORMACION AL CONSUMIDOR

Corresponde modificar parcialmente la sentencia que declara inválidos los aumentos de las cuotas dispuestos por una empresa de medicina prepaga en violación de las normas legales aplicables, pues la condena debe comprender también el aumento efectuado en enero del 2014 en tanto el mismo se realizó sin cumplir el trámite establecido en el art. 5 inc. g del Decreto 1993/2011 a cuyo cumplimiento supeditó el Ministerio de Salud de la Nación el incremento autorizado, previendo la notificación a los consumidores con una antelación de 30 días hábiles, lo que configura una violación al deber de información adecuada conforme el art. 4 de la LDC

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.4, DECRETO NACIONAL 1.993/2011 Art.5

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES CIVIL COMERCIAL , PARANA, ENTRE RIOS
Sala 03 (Marfil - Ramírez Amable - Galanti)
Asociación de Defensa de Consumidores Entrerrianos c/ All Medicine S.A. s/ Sumarísimo
SENTENCIA del 6 DE NOVIEMBRE DE 2017
Nro.Fallo: 17080008

Identificación SAIJ : S0009699

TEMA

PAGARE SIN PROTESTO-RELACION DE CONSUMO-INHABILIDAD DE TITULO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Si bien se comparte la postura jurisprudencial que entiende que la solución que mejor concilia los intereses en juego, es aquella que permite la ejecución de los pagarés de consumo, en el marco de un proceso ejecutivo, posibilitando la oposición de defensas fundadas en el negocio que causó su libramiento; en el caso, no es posible efectuar ese análisis en esta instancia, pues no se ha permitido al ejecutado, en la instancia en grado, ejercer debidamente su derecho de defensa. No cabe más que concluir que los títulos con los que se pretendió promover la ejecución, no fueron debidamente integrados con la información requerida por el art. 36 de la ley 24.240 -norma que por su carácter de orden público, no puede ser derogada por convenciones particulares.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.36

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SALTA, SALTA
Sala 04 (Ruiz - Fiorillo)
Banco Macro S.A. c/ Ballón, Juan Carlos s/ Ejecutivo
SENTENCIA del 2 DE JUNIO DE 2017
Nro.Fallo: 17170007

Identificación SAIJ : C2006351

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INFORMACION AL CONSUMIDOR

Corresponde confirmar la resolución de la Dirección General De Defensa y Protección del Consumidor que impone una multa a un supermercado por infracción al art. 9 de la Ley N° 22.802 al verificar discrepancias en los precios de los artículos en la góndola con respecto a línea de cajas, pues la presentación inexacta del precio de ciertos productos conlleva a error en los términos en los cuales el consumidor entiende que se llevará a cabo la relación de consumo, de manera que teniendo en cuenta la protección constitucional del consumidor en materia de acceso a la información adecuada y toda vez que la defensa opuesta se limitó, simplemente, a argumentar respecto de la inaplicabilidad de la norma en cuestión y aducir que las discrepancias fueron producto de errores cometidos por los operarios, corresponde desestimar remedio procesal intentado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art.9

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Balbín - Díaz - Schafrik de Nuñez)

INC S.A. c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor s/ Recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor

SENTENCIA del 11 DE SETIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17370022

Identificación SAIJ : Y0022101

TEMA

MULTA CIVIL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-MALOS TRATOS

Debe confirmarse la sanción de multa impuesta a una cadena de hipermercados por violación al art. 8 de la ley de defensa del consumidor, dado que en el caso se constata una secuencia de tratos incompatibles con el respeto al honor y dignidad de toda persona merece, como lo fue; solicitud del denunciante de ser atendido por alguna persona el día del episodio conflictivo, con resultado negativo; denegación de una copia de lo asentado en el respectivo libro de quejas; presentación de la parte en las oficinas de la empresa, conforme le fuera notificado, sin que le diese una respuesta en ese momento, ni se comunicaran luego con ella, como se habían comprometido; todo lo cual demuestra la inexistencia de un mínimo interés y consideración para con el cliente, quien encontró en la empresa indiferencia.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , CORRIENTES, CORRIENTES

(Chain - Panseri - Semhan)

RECURSO DE APELACION: TERRASA LUCIO ANDRES s/ INC. S.A.

SENTENCIA del 20 DE MAYO DE 2015

Nro.Fallo: 15210003

Identificación SAIJ : Y0022100

TEMA

MULTA CIVIL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACION

Corresponde confirmar la sanción de multa impuesta a una cadena de hipermercados por infringir el deber de información previsto en la ley 24.240, dado que quedó acreditado que el denunciante al efectuar una compra se le entregó un voucher de descuento y cuando pretendió hacer efectivo el beneficio, en el establecimiento le manifestaron que debía llevar un producto de mayor valor al que había elegido, habida cuenta que el sistema por poca diferencia de montos no aceptaba el descuento, y es que, si el vale en cuestión solo contenía como condición de validez para su utilización el monto de la bonificación y la fecha límite de utilización, tener que llevar otro producto para que el sistema lo considerara importaba una modificación de las condiciones de uso, al incluir requisitos no previstos originariamente.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , CORRIENTES, CORRIENTES
(Chain - Panseri - Semhan)
RECURSO DE APELACION: TERRASA LUCIO ANDRES s/ INC. S.A.
SENTENCIA del 20 DE MAYO DE 2015
Nro.Fallo: 15210003

Identificación SAIJ : Y0022100

TEMA

MULTA CIVIL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACION
Corresponde confirmar la sanción de multa impuesta a una cadena de hipermercados por infringir el deber de información previsto en la ley 24.240, dado que quedó acreditado que el denunciante al efectuar una compra se le entregó un voucher de descuento y cuando pretendió hacer efectivo el beneficio, en el establecimiento le manifestaron que debía llevar un producto de mayor valor al que había elegido, habida cuenta que el sistema por poca diferencia de montos no aceptaba el descuento, y es que, si el vale en cuestión solo contenía como condición de validez para su utilización el monto de la bonificación y la fecha límite de utilización, tener que llevar otro producto para que el sistema lo considerara importaba una modificación de las condiciones de uso, al incluir requisitos no previstos originariamente.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , CORRIENTES, CORRIENTES
(Chain - Panseri - Semhan)
RECURSO DE APELACION: TERRASA LUCIO ANDRES s/ INC. S.A.
SENTENCIA del 20 DE MAYO DE 2015
Nro.Fallo: 15210003

Identificación SAIJ : B0957536

TEMA

CARGA DE LA PRUEBA-DEBER DE INFORMACION-DERECHOS DEL CONSUMIDOR
Ante la ausencia de prueba que acredite que el usuario del servicio de telefonía móvil haya solicitado la activación del servicio de "roaming" - por el uso en el extranjero- cabe tener por configurado por parte de la demandada el incumplimiento a lo dispuesto por el art. 35 de la ley 24.240 -modif. por ley 26.361-, es que, de lo relatado por la demandada surge que la prestación del servicio se activa automáticamente y que tiene un costo extra para el usuario.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.35

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES
Sala 03 (Zampini - Monterisi)
Galera Laferrere, Andrés Alfredo c/ AMX Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios - Incumplimiento contractual (Sin Resp. Estado)
SENTENCIA del 4 DE AGOSTO DE 2014

Nro.Fallo: 14010098

Identificación SAIJ : B0957534

TEMA

CARGA DE LA PRUEBA-DEBER DE INFORMACION-DERECHOS DEL CONSUMIDOR
Corresponde admitir la demanda interpuesta por un usuario del servicio de telefonía móvil, por los daños y perjuicios derivados de la falta de información respecto del servicio de roaming, pues no obsta a tal conclusión la circunstancia, atinente a que la abrumadora mayoría de las contrataciones que realizan los consumidores se efectivizan vía telefónica dentro de un marco de absoluta informalidad, dado que tal modo de contratación, redundaría en un indudable beneficio para el proveedor de servicios, quien obtiene una notable reducción de sus costos operativos, además de un notorio aumento en la cantidad y celeridad de las transacciones.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

Sala 03 (Zampini - Monterisi)

Galera Laferrere, Andrés Alfredo c/ AMX Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios -

Incumplimiento contractual (Sin Resp. Estado)

SENTENCIA del 4 DE AGOSTO DE 2014

Nro.Fallo: 14010098

Identificación SAIJ : B0957538

TEMA

DAÑO PUNITIVO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Estando acreditado el accionar desaprensivo de la empresa de telefonía demandada, al activar automáticamente el servicio de roaming y no informar debidamente al consumidor sobre el servicio, sumado al conocimiento que cabe presumir que posee respecto a las normas que rigen su actividad, ello en razón de la habitualidad y profesionalidad que trasunta el carácter de proveedor de un servicio de uso masivo, cabe concluir que existió de su parte un actuar culposo que debe calificarse como de culpa grave, lo que habilita para la aplicación de la sanción prevista en el art. 52 de la ley 24.240, modif. por ley 26.361.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.52

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

Sala 03 (Zampini - Monterisi)

Galera Laferrere, Andrés Alfredo c/ AMX Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios -

Incumplimiento contractual (Sin Resp. Estado)

SENTENCIA del 4 DE AGOSTO DE 2014

Nro.Fallo: 14010098

Identificación SAIJ : B0957533

TEMA

CARGA DE LA PRUEBA-DEBER DE INFORMACION-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Es procedente la demanda interpuesta por un cliente contra una empresa prestadora del servicio de telefonía celular, por los daños derivados del incumplimiento del deber de informar respecto del servicio de roaming, pues no existe ninguna constancia que permita siquiera presumir que se celebró un contrato donde conste en forma clara y precisa el plan de prestación del servicio, por lo que, esta orfandad probatoria, analizada bajo el prisma de la carga de la prueba, se erige como un obstáculo insalvable para el progreso de la postura defensiva de la accionada, ya que es la demandada quien se encontraba en mejores condiciones de probar la efectiva realización de un contrato con los recaudos que la normativa específica requiere (art. 53 de la ley 24.240 -modif. por ley 26.361-).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.53

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

Sala 03 (Zampini - Monterisi)

Galera Laferrere, Andrés Alfredo c/ AMX Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios - Incumplimiento contractual (Sin Resp. Estado)

SENTENCIA del 4 DE AGOSTO DE 2014

Nro.Fallo: 14010098

Identificación SAIJ : B0957537

TEMA

DAÑO MORAL-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-PRUEBA

Cabe admitir el reclamo indemnizatorio en concepto de daño moral petitionado por un usuario del servicio de telefonía celular al que se le facturó indebidamente el servicio de roaming cuando estaba en el exterior, pues el dictamen pericial da cuenta de una notoria afección psicológica motivada en el actuar antijurídico de la demandada, considerando las características personales del accionante (hombre, de 24 años de edad al momento del hecho) y reparando en que los efectos del incumplimiento de la accionada el actor los comenzó a padecer cuando aún se hallaba en el extranjero, con la imposibilidad de apersonarse ante las oficinas del proveedor para efectuar los reclamos o averiguaciones pertinentes que ello conlleva.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

Sala 03 (Zampini - Monterisi)

Galera Laferrere, Andrés Alfredo c/ AMX Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios - Incumplimiento contractual (Sin Resp. Estado)

SENTENCIA del 4 DE AGOSTO DE 2014

Nro.Fallo: 14010098

Identificación SAIJ : B0957535

TEMA

CARGA DE LA PRUEBA-DEBER DE INFORMACION-DERECHOS DEL CONSUMIDOR
Las consecuencias disvaliosas de la ausencia de acreditación del debido cumplimiento del deber de informar deben recaer en la prestadora del servicio de telefonía celular demandada, -en el caso, sobre el servicio de roaming- toda vez que es quien se encuentra en una inmejorable posición para acreditar el haber cumplido con la obligación a su cargo.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

Sala 03 (Zampini - Monterisi)

Galera Laferrere, Andrés Alfredo c/ AMX Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios - Incumplimiento contractual (Sin Resp. Estado)

SENTENCIA del 4 DE AGOSTO DE 2014

Nro.Fallo: 14010098

Identificación SAIJ : R0021625

TEMA

COMRAVENTA-RESOLUCION CONTRACTUAL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACION

Debe imponerse al proveedor demandado una multa en concepto de daño punitivo (\$10.000), ya que tras recibir el pago de una motocicleta no hizo entrega del bien al comprador y lo obligó a recurrir ante la Dirección de Defensa del Consumidor y a un proceso judicial para satisfacer su reclamo, todo lo que evidencia conductas desaprensivas e indiferentes frente a los derechos de los consumidores que deben ser sancionadas, es que, constituye un hecho grave colocar al consumidor en un derrotero de reclamos en el que se haga caso omiso a la petición.

FALLOS

CAMARA 6ta DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA (ZARZA - SIMES - PALACIO DE CAEIRO)

Peralta, José Ariel c/ Moto 10 y otros s/ abreviado - cumplimiento/resolución de contrato - recurso de apelación

SENTENCIA del 5 DE NOVIEMBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13160187

Identificación SAIJ : R0021592

TEMA

COMRAVENTA-RESOLUCION CONTRACTUAL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACION

La resolución contractual de la compraventa de una motocicleta dispuesta por el comprador ante la falta de entrega del bien, debe ser admitida, en tanto no es de recibo el argumento del proveedor demandado referente a que aquél no abonó el monto total por cambio de modelo, pues no acompaña prueba alguna que acredite las particularidades de esa modificación contractual, relativas a cuál es concretamente el nuevo modelo, cuál es su precio, y si median diferencias con el contrato originario, lo que implica un incumplimiento de su parte al deber de información previsto en el art. 4 de la ley 26.361

REFERENCIAS

FALLOS

CAMARA 6ta DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA
(ZARZA - SIMES - PALACIO DE CAEIRO)

Peralta, José Ariel c/ Moto 10 y otros s/ abreviado - cumplimiento/resolución de contrato -
recurso de apelación

SENTENCIA del 5 DE NOVIEMBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13160187

Sumario nro. C0401396

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-OBLIGACIONES DEL MEDICO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR:ALCANCES-
DEBER DE INFORMACIÓN-PROPAGANDA ENGAÑOSA -ACUMULACION SUBJETIVA DE
ACCIONES

Las profesiones liberales se ven alcanzadas por las disposiciones de la ley 24.240 sobre defensa del
consumidor, cuando publicitan sus servicios profesionales en forma engañosa, pero no cuando
incumplen un deber de informar propio de su ejercicio profesional.

De ahí que, frente a una evidente acumulación subjetiva de pretensiones contra un laboratorio al cual
se le atribuye haber impreso un folleto engañoso y un profesional de la medicina, a quien se le imputa
violación del deber de informar, el trámite ordinario se revela como el más ajustado al proceso.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala E ()

PERJUICIO

INTERLOCUTORIO del 2 DE JULIO DE 2002

Sumario nro. N0011705

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-MEDICINA PREPAGA-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-DEBER
DE INFORMACIÓN

Un sanatorio que asiste a un paciente por medio de un plan de medicina prepaga, debe extremar los
recaudos para brindar a aquel la pertinente información, proveyendo las explicaciones necesarias y
pertinentes en cada caso, no siendo suficiente que los precios de prácticas, medicamentos, exámenes,
etc., se encuentren en todo momento a disposición de los interesados. Tampoco constituye un hecho
notorio que por tratarse de una institución de prestigio, los pacientes de obra social, conozcan que sus
precios son más elevados en función de la calidad de sus servicios. Justamente, por tratarse de una
institución líder, las exigencias para con ella deben ser mayores, o sea, acordes con el reconocimiento
del que se hizo acreedora. Corrobora esta tesis la constante evolución doctrinaria, jurisprudencial y
legislativa que en torno a la defensa del consumidor adquirió reconocimiento constitucional expreso y
desemboco en la sanción de la ley 24.240 art. 4. Esta constituye la obligación para el empresario en
todos los supuestos referentes a una relación de consumo, y su finalidad es que el usuario pueda
tomar una decisión razonable permitiendo que su consentimiento se forme reflexivamente. La
información debe ser cierta y objetiva sobre las características esenciales de los productos o servicios

que ofrecen. Lo destacable de la norma es que exige que la información sea detallada, no de carácter general, y suficiente, de modo que no queden dudas al usuario. Además, el único modo de equilibrar las posiciones de las partes dentro de la órbita contractual es obligar a los sujetos involucrados a informar al consumidor de acuerdo al modo "*ut supra*" señalado, tomando los recaudos que en cada caso corresponda a tenor de la naturaleza de las prestaciones.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 4

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(DIAZ CORDERO - BUTTY.)

SANATORIO OTAMENDI Y MIROLI SA c/ BERTELLO DE FIORE, ADRIANA Y OTROS s/
ORDINARIO

SENTENCIA del 3 DE MAYO DE 2002

Sumario nro. N0011720

SUMARIO

CONTRATOS BANCARIOS-DEBER DE INFORMACIÓN-CUENTA CORRIENTE BANCARIA-
DEFENSA DEL CONSUMIDOR

El cliente del banco tiene el derecho a contar con una información completa sobre la evolución de la cuenta corriente al tiempo de sus requerimientos, con suministro de las aclaraciones necesarias para su comprensión, toda vez que el cliente bancario promedio no conoce las normas y técnicas que regula un campo tan complejo que incursiona en el ámbito de las matemáticas financieras; ello no pretende dotar al consumidor, de prerrogativas especiales, ni derechos de carácter privilegiado, sino simplemente reconocer su situación de debilidad estructural en el mercado y construir un sistema de soluciones que lo eleve a una posición de igualdad real y de seguridad jurídica a la hora de informarse sobre los productos o servicios ofrecidos (Ley 24.240 art.4), lo que no lo excusa de actuar con diligencia y realizar las indagaciones con diligencia pues tiene el deber de informarse.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 4

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(MIGUEZ - PEIRANO)

PODESTA, PEDRO MIGUEL c/ BANCO DEL BUEN AYRE SA s/ ORDINARIO

SENTENCIA del 30 DE AGOSTO DE 2000

Sumario nro. N0011721

SUMARIO

CONTRATOS BANCARIOS-DEBER DE INFORMACIÓN-CUENTA CORRIENTE BANCARIA-
DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Corresponde hacer lugar a la rectificación de saldo de una cuenta corriente bancaria, cuando el banco tanto extrajudicial como judicialmente, como entidad profesional proveedora de un servicio, incumplió el deber de suministrar información cierta y objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos (Ley 24.240 art.4), respecto del costo efectivo y final de lo que se le ha de pagar; toda vez que este derecho subjetivo del cliente a la información, debe interpretarse

con criterio amplio y hacerse efectivo en toda relación de consumo, desde su origen, durante su vigencia y hasta su extinción, y se encuentra tutelado por la C.N. art. 42.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240 Art. 4

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(MIGUEZ - PEIRANO)

PODESTA, PEDRO MIGUEL c/ BANCO DEL BUEN AYRE SA s/ ORDINARIO

SENTENCIA del 30 DE AGOSTO DE 2000

Sumario nro. N0011723

SUMARIO

CONTRATOS BANCARIOS-CIERRE DE CUENTA CORRIENTE-CERTIFICADO DE SALDO DEUDOR-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACIÓN

A los efectos de determinar en que medida corresponde hacer lugar, al pedido de rectificación de un saldo deudor en cuenta corriente, atento a la existencia de un crédito en descubierto en ella que determinó su cierre por parte del banco, considerando que el descubierto puede provenir de la existencia de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente bancaria o de un adelanto transitorio, cuando el banco omite explicitar en forma clara y concreta, con base a cual de estos supuestos concedió crédito al cliente, ante tan ambigua e indefinida situación cuando tiene el deber de hablar claro (C.P.C.C. art. 356), cabe interpretar que fue generado por un adelanto transitorio, ya que en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor (Ley 24.240 art. 3 y 37-parr. 2º), y en base a ello establecer la fecha en que debió cerrar o clausurar la cuenta (Opasi-2 regla 1.3.8.1.1.), y así determinar la procedencia o no del reclamo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art. 356, Ley 24.240 Art. 3, Ley 24.240 Art. 37

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(MIGUEZ - PEIRANO)

PODESTA, PEDRO MIGUEL c/ BANCO DEL BUEN AYRE SA s/ ORDINARIO

SENTENCIA del 30 DE AGOSTO DE 2000

Sumario nro. F0024378

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DERECHO A LA INFORMACIÓN

Los derechos de información y educación deben ser ejercidos y cubiertos, no sólo por intermedio de las asociaciones de consumidores, sino especialmente por el Estado, en forma directa, a través de la sanción de políticas destinadas a fomentar la educación e información de los consumidores, y creando organismos públicos a ese efecto; e indirectamente, al programar y establecer mecanismos especiales de solución de controversias (judiciales o administrativos) que deben estructurarse a partir de un objetivo "Informativo - educativo" de la población.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-BALLADINI-SODERO NIEVAS (SEGÚN SU FUNDAMENTO: LUTZ: F0024347, F0024348, F0024349, F0024350, F0024351, F0024352, F0024353, F0024354, F0024355 Y F0024356) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0024357, F0024358, F0024359, F0024360, F0024361, F0024362, F0024363, F0024364, F0024365, F0024366, F0024367, F0024368, F0024369, F0024370, F0024371, F0024372, F0024373, F0024374, F0024375, F0024376, F0024377, F0024378, F0024379, F0024380, F0024381, F0024382, F0024383, F0024384, F0024385, F0024386, F0024387, F0024388, F0024389, F0024390, F0024391, F0024392 y F0024393))

B. S. A. s/ MANDAMUS

SENTENCIA, 0000000025 del 17 DE MARZO DE 2005

Identificación SAIJ: C0402794

SUMARIO

DAÑO MORAL-TITULO PROFESIONAL-RESPONSABILIDAD DE LOS INSTITUTOS DE ENSEÑANZA-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACIÓN: CARACTER

1- El establecimiento de enseñanza de idiomas que no dejó constancia alguna en la documentación que expedía (recibos de pago, boletines de calificaciones, certificado de promoción, diplomas y certificados de autorización y adscripción) respecto del carácter oficial o no de los títulos que emitía, consignando sólo que la institución estaba inscripta en el Ministerio de Educación y Justicia, debe responder por los daños ocasionados a consecuencia del error o confusión al que indujera al alumno por la falta de información en tal sentido. Máxime que con el dictado de la ley 24.806 que regula la publicidad de la enseñanza privada se impone colocar en forma destacada la calidad oficial -o no- del título que expiden las instituciones. 2- Es que los contratos deben celebrarse e interpretarse de buena fe (art. 1198 del Código Civil) y el aspecto subjetivo de este principio -el respeto a la apariencia de verdad que genera confianza en el que contrata el servicio resulta relevante en la relación de consumo. Por ello la información para el consumidor debe ser idónea para permitirle comprender con claridad completitud y eficacia los mensajes del oferente del servicio de enseñanza para estar en condiciones de prestar su consentimiento esclarecido y libre debiendo ser apropiada la comunicación a la idiosincrasia y cultura de aquellos a quienes va dirigida. 3- El reclamo de daño moral efectuado por el alumno debe prosperar pues el hecho de enterarse luego de un tiempo de estudio (en el caso diez años) que el título que obtuvo no era de carácter oficial pudo generar en él una alteración en su espíritu ó con ello la afeción en su fuero íntimo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 1198, Ley 24.806

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala C (CORTELEZZI, ÁLVAREZ JULIA, DÍAZ SOLIMINE.)

BISSO, Julia c/ BRAILE, Margarita Angela Lucrecia s/ DAÑOS YPERJUICIOS.

SENTENCIA del 7 DE JUNIO DE 2007

B | Publicidad comparativa

Identificación SAIJ: D0134728

SUMARIO

MARCAS-PUBLICIDAD COMPARATIVA-USO DE MARCA AJENA

En cuanto a la “publicidad comparativa” me inclino, como regla, a considerar que no se adecua a la ley de marcas porque, al cotejar un producto y su marca con otro producto y su marca, se está haciendo uso de esta última por quien no es su titular; situación que no se aviene con los derechos que confiere el registro marcario en los términos del art. 4º de la ley 22.362.

Pero esto es así, en mi criterio, como regla y hay que distinguir matices, ya que no se trata de la formulación de un dogma simpliciter sino de un juicio supeditado a las circunstancias del caso, esto es, *secundum quid*. Al cohibir la “publicidad comparativa” lo que se persigue, es afianzar la competencia honesta y evitar que se cause un daño a otro. Pero si el modo en que aquélla es realizada respeta la lealtad comercial y no ocasiona un ilegítimo perjuicio a terceros, no se alcanza a percibir qué razón podría obstar a su uso (mientras no implique montarse sobre marca de otro, sin la autorización de este otro).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.362 Art. 4

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Dr. Eduardo Vocos Conesa - Dr. Alfredo Silverio Gusman - Dr. Ricardo Víctor Guarinoni.)
LABORATORIOS BAGO S.A. c/ BRISTOL MYERS SQUIBB ARGENTINA S.R.L.S/ s/ ESE DE USO DE
MARCAS. DAÑOS Y PERJUICIOS.
SENTENCIA del 27 DE MARZO DE 2009

Sumario nro. N0011699

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PROPAGANDA COMPARATIVA-CONTRATOS-PRECONTRATO

Voto de la Dra. Miguez: La Ley 24.240 es una norma especial, estatutaria, que se integra con normas generales y especiales a las que hay que recurrir para la solución de los problemas que se presenten. Contiene normas protectoras que abarcan desde la publicidad, la etapa precontractual hasta la oferta, su celebración y efectos post contractuales (arts. 7, 8, 19, 36 Y 37). Propicia una interpretación orientada a implantar la garantía de equidad en las obligaciones contractuales. Y en la medida que los contratos de consumo, son una categoría mayor, sus normas se aplican con independencia de la existencia o no de cláusulas generales, aun cuando en su gran mayoría importan adhesiones a cláusulas generales y predispuestas. La doctrina moderna señala que en las contrataciones en masa entre desiguales, el derecho dispositivo deja progresivamente de serlo para transformarse en semi-coactivo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 7, Ley 24.240 Art. 8, Ley 24.240 Art. 19, Ley 24.240 Art. 36, Ley 24.240 Art. 37, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(VIALE - MIGUEZ (EN DISIDENCIA) - PEIRANO.)
COSENTINO, OSVALDO ALBERTO Y OTRO c/ HSBC BANCO ROBERTS SA s/ RECTIFICACION DE
SALDO DE LA CUENTA CORRIENTE. (ED 12.5.03, Fº 52017). -
SENTENCIA, 22938 del 3 DE DICIEMBRE DE 2002

Sumario nro. T0005499

SUMARIO

DEFENSA DE LA COMPETENCIA-COMPETENCIA DESLEAL-PROPAGANDA COMPARATIVA-MEDIDAS CAUTELARES:REQUISITOS-VEROSIMILITUD DEL DERECHO INVOCADO-PELIGRO EN LA DEMORA-RESOLUCION ADMINISTRATIVA-DEFENSA EN JUICIO

1 - Corresponde revocar la resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que ordena a un laboratorio abstenerse de expresar apreciaciones disvaliosas en relación con un producto que elabora otra empresa del ramo farmacéutico, pues el dictado de medidas precautorias, aunque no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, impone a quien las solicita la carga de acreditar la verosimilitud del derecho y el preligro irreparable en la demora (Cf. CSJN, "Eco Service S.A. v. Provincia de Buenos Aires") y en el caso, no obstante no haberse aportado aún las pruebas de la campaña de descrédito atribuida, la Comisión mencionada hizo mérito de una comunicación escrita dirigida por la imputada al Ministerio de Salud Pública en la que alude a sus sospechas de la incapacidad de la empresa competidora para elaborar el producto de que se trata y basó su determinación en la facultad que le acuerda la Ley de Defensa de la Competencia de adoptar medidas anticipadas (art. 35 ley 25156).

2 - Si bien la facultad conferida por la Ley de Defensa de la Competencia a la autoridad de aplicación de adoptar medidas preventivas (Art. 35 citado) puede ejercerse en cualquier estado del procedimiento, no resulta atinado haberlo hecho antes de escuchar a la imputada.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 25156 Art. 35

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala A (HENDLER - REPETTO)

MERK, SHARP Y DOHME s/ Defensa de la competencia

SENTENCIA, 45369 del 6 DE MARZO DE 2001

C | Publicidad engañosa

Identificación SAIJ : N0019599

TEMA

PUBLICIDAD ENGAÑOSA-OFERTA AL CONSUMIDOR

Si quienes pretenden colocar sus productos o servicios en el mercado publicitan determinadas precisiones en sus anuncios, estas se integrarán al contrato que se celebre con el consumidor, sin importar su transcripción o no en el correspondiente instrumento.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala D (Heredia - Vassallo - Garibotto)

Ruiz Martínez, Esteban c/ Garbarino S.A. y otro s/ ordinario

SENTENCIA del 22 DE MARZO DE 2018

Nro.Fallo: 18130002

Identificación SAIJ : N0019598

TEMA

DAÑOS Y PERJUICIOS-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-OFFERTA AL CONSUMIDOR

Debe confirmarse parcialmente la sentencia que admitió la acción por daños y perjuicios deducida por un cliente contra una empresa de comercialización de electrodomésticos, que le vendió a través de internet una computadora cuya oferta publicitaria incluía un determinado software que el actor nunca pudo utilizar por no habersele suministrado contraseña de activación, pese a sus diversos reclamos, habida cuenta que el consumidor puede exigir todo lo que se haya ofrecido en la publicidad, no pudiendo el empresario alegar que en el contrato relativo a la adquisición de los bienes o servicios no aparece especificado, generando el incumplimiento y responsabilidad contractual.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL

Sala D (Heredia - Vassallo - Garibotto)

Ruiz Martínez, Esteban c/ Garbarino S.A. y otro s/ ordinario

SENTENCIA del 22 DE MARZO DE 2018

Nro.Fallo: 18130002

Identificación SAIJ : S0008384

TEMA

SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITALIZACION Y AHORRO-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-
ASOCIACIONES MUTUALES

Condena solidariamente a una entidad mutual que, junto con una sociedad de capitalización y ahorro, suministraron publicidad engañosa al accionante, quien creyó estar adherido a un plan de ahorro para la adjudicación de un automotor, en tanto se advierte que el actor, en las condiciones en que se le ofreciera el Plan de Ahorro, no captó correctamente la información que se le suministrara, pues el cupón le fue entregado en un estadio de fútbol, siendo luego convocado por altoparlantes informándosele que había sido ganador de una suscripción de un plan de un automóvil, llamándosele posteriormente para que se apersona a las oficinas a fin de cumplimentar la suscripción de la solicitud de incorporación al título de capitalización y ahorro, por un lado, y a la asociación a la Mutual, por el otro, máxime teniendo en cuenta que la folletería y los comprobantes de pago acompañados apuntan al propósito de generar confusión, induciendo al actor a asumir que la Mutual representaba a la empresa.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SALTA, SALTA
(Marcelo Ramón Domínguez - Nelda Villada Valdez)

M., E. c/ Planauto para fines determinados S.A. de cap. y ahorro; APLA (Asociación Mutual entre Trab. y Adherentes a Planauto) s/ Sumarísimo o Verbal

SENTENCIA del 17 DE SETIEMBRE DE 2015

Nro.Fallo: 15170035

Identificación SAIJ : J0990775

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACION-PUBLICIDAD ENGAÑOSA
Debe admitirse la demanda interpuesta contra la empresa proveedora del servicio de telefonía celular tendiente a que le entregue un automóvil 0 km un usuario que respondió todas las preguntas de un concurso que la compañía enviaba a su celular, ya que sólo cuando se comunicó telefónicamente con la accionada se enteró el actor de la verdadera consistencia del pretense premio, lo cual surgía de las bases y condiciones del juego, pero no de los mensajes que le fueron remitidos, ni podía ser inferido de la lectura atenta de los mismos, lo cual revela el incumplimiento contractual referente al contrato de consumo, dado que la sola posibilidad de que esta forma existiere ya da pie para considerar que se trata de un mecanismo de publicidad tendiente a engrosar las facturas de los usuarios.

FALLOS

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL Nro 3 , ROSARIO, SANTA FE

(Carillo)

Gastaldi, Miguel Antonio c/ AMX Argentina S.A. s/ Incumplimiento Contractual

SENTENCIA del 11 DE AGOSTO DE 2014

Nro.Fallo: 14090010

Identificación SAIJ : J0990774

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACION-PUBLICIDAD ENGAÑOSA
La empresa proveedora del servicio de telefonía celular debe entregar un automóvil 0 km a un usuario que contestó todas las preguntas enviadas por la compañía a su teléfono para ganar dicho vehículo, pues no es de recibo el argumento de que lo ganado era el derecho a participar en el sorteo del automotor, ya que en momento alguno del intercambio de mensajes la accionada hace referencia alguna a la existencia de bases de un concurso y a la necesidad y/o conveniencia de que el actor procediera a consultar las mismas, lo que ya de por sí denota la existencia de publicidad engañosa, es que, si el actor hubiese sabido que lo único que obtenía era un derecho a participar en sorteo por la Lotería Nacional, no hubiera jugado.

FALLOS

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL Nro 3 , ROSARIO, SANTA FE

(Carillo)

Gastaldi, Miguel Antonio c/ AMX Argentina S.A. s/ Incumplimiento Contractual

SENTENCIA del 11 DE AGOSTO DE 2014

Nro.Fallo: 14090010

Identificación SAIJ : D0302008

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-CAMPAÑA PUBLICITARIA
La empresa demandada deberá cesar la difusión de una campaña publicitaria, en la cual se da a entender que una de las marcas que comercializa es patrocinadora oficial del seleccionado argentino de fútbol cuando en realidad lo es la marca de una empresa competidora, dado que la utilización de la imagen de un futbolista, puede razonablemente generar confusión en el público consumidor, teniendo en cuenta el derecho constitucional de los consumidores a una información adecuada y veraz y a la protección de la libertad de elección.

FALLOS

CAMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Recondo - Antelo)
Asociación del Fútbol Argentino y Otros c/ Unilever de Argentina S.A. s/ Medidas cautelares
SENTENCIA del 10 DE JUNIO DE 2014
Nro.Fallo: 14030003

Identificación SAIJ : B0956560

TEMA

INFORMACION AL CONSUMIDOR-DAÑOS Y PERJUICIOS

Cabe condenar a la empresa importadora demandada por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de su deber de información y de brindar publicidad idónea, en su carácter de proveedor de un electrodoméstico que la actora adquirió erróneamente creyendo que era de fabricación norteamericana, pues si bien el artefacto exhibía la leyenda que indicaba esa procedencia - "made in USA"-, el motor del producto no correspondía al origen consignado en la publicidad, sino que fue fabricado en otro país, lo que debió ser informado al consumidor de modo fehaciente y claro.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , AZUL, BUENOS AIRES
Sala 02 (Galdós - Peralta Reyes - Longobardi)
Rossi, Laura Viviana c/ Whirlpool Argentina S.A. s/ daños y perjuicios
SENTENCIA del 11 DE JUNIO DE 2013
Nro.Fallo: 13010154

.....

Identificación SAIJ: T0006061

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL: RÉGIMEN JURÍDICO; OBJETO-LEYENDA ENGAÑOSA-DEFENSA DE LA COMPETENCIA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El fin que se persigue mediante la ley 22.802, de Lealtad Comercial, es evitar que los consumidores, mediante indicaciones poco claras y engañosas, o inexactitudes, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de productos, mercaderías, o en la contratación de servicios protegiéndose, de este modo, el derecho de aquéllos a una información adecuada, completa y veraz, en relación al consumo (art. 42 de la Constitución Nacional).

Asimismo, con la ley mencionada se pretende preservar la lealtad en las relaciones comerciales, que abarca los derechos de los consumidores y de los competidores; pues se pueden producir desvíos o captación potencial de clientela por medio de métodos contrarios a la lealtad en las relaciones comerciales. (Sumario confeccionado por el SAIJ)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 22.802

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL
Sala B (HORNOS, PIZZATELLI, GRABIVKER)

.....

Identificación SAIJ: T0006079

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-PRECIO MAS IVA-MULTA:PROCEDENCIA

Corresponde confirmar la multa aplicada a la sociedad anónima, por infracción a los artículos 2º y 8º de la resolución Nº 7/2002, reglamentaria de la ley 22.802.

Dicha resolución, que reglamenta el tipo penal del art. 9 de la Ley de Lealtad Comercial cuya infracción se imputa, es clara en cuanto exige, para quienes ofrezcan bienes o servicios a consumidores finales, que la indicación del precio corresponda al importe total que efectivamente deba abonar el consumidor.

La expresión "+ I.V.A.", empleada en los avisos, es insuficiente para ilustrar al público consumidor en la forma requerida por la reglamentación, ya que el importe del impuesto forma parte del precio total que se debe abonar para acceder al servicio ofertado. (Sumario confeccionado por el SAIJ)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802, Ley 22.802 Art. 9

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala A (Repetto - Hendler)

TELECOM ARGENTINA S.A. s/ LEY 22.802

SENTENCIA, 58286 del 28 DE AGOSTO DE 2008

.....

Identificación SAIJ: T0006080

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-PRODUCTOS ADELGAZANTES-MULTA:PROCEDENCIA

Corresponde confirmar la multa aplicada por la Secretaría de Comercio Interior a la sociedad anónima por infracción a la norma de la Ley de Lealtad Comercial que prohíbe la publicidad engañosa.

Se atribuye a la sancionada haber anunciado por distintos medios de publicidad el ofrecimiento de productos afirmando que su ingestión serviría para lograr rápidos y eficaces adelgazamiento sin necesidad de dietas ni de ejercicios físicos. En efecto, los avisos que anuncian "-éxito comprobado!, en sólo 8 días 5 kilos menos" y en los que, inclusive se llega a expresar que el producto es "un milagro para perder kilos de más" y que "Ahora se ha descubierto de nuevo este milagro para adelgazar" demuestran la falta de seriedad del anunciante. El contexto de esos avisos tiende a crear la imagen de experiencias científicas suficientemente comprobadas lo que es susceptible de inducir a engaño a los consumidores. (Sumario confeccionado por el SAIJ)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala A (HENDLER - REPETTO)

Sumario nro. T0005511

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-SORTEOS-FACTURACION DE SERVICIOS PUBLICOS-DEBITO AUTOMÁTICO

1 - Configura infracción al art. 10 inc. b) de la ley de Lealtad Comercial la acción de la empresa que en un aviso publicitario promocionó el sorteo de un automóvil en el que era posible participar si se pagaban en término las facturas telefónicas y si se adhería al servicio de débito automático, sin preverse la posibilidad de una participación en el mencionado concurso en forma gratuita, y en el que solamente podían participar los clientes de la firma que fueran titulares o usuarios de líneas telefónicas que hubieran pagado tres facturas consecutivas antes o a la fecha de vencimiento original, o los que se adhirieran al servicio de débito automático; lo que implica que necesariamente había que ser cliente de la sumariada o contratar sus servicios descartando así la gratuidad de la participación y limitando, de este modo, la participación del público en general. Cabe agregar que, en el aviso publicado por la sumariada no se difundieron las bases del concurso promocionado, ni tampoco se señalaron los lugares y horarios donde se podían retirar los cupones para participar gratuitamente del mismo, ni se especificó que la participación en el sorteo no exigía la obligación de compra o contratación alguna, lo que implica una clara transgresión a la normativa vigente (Del voto del Dr. Hornos).

2 - Infringe el art. 9 de la ley 22.802 la empresa que, en el cuestionado aviso señaló que quien se adhería al servicio de débito automático, además de participar automáticamente del sorteo, recibiría gratis el servicio de información detallada, pero no consignó que éste abarcaba únicamente las llamadas interurbanas y a celulares, omitiendo información respecto a los alcances y características del servicio promocionado, lo que podía inducir a error, engaño o confusión a los eventuales usuarios o consumidores al momento de decidir adherirse o no al servicio (Del voto del Dr. Hornos).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art. 9 al 10

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL
Sala B (HORNOS - GRABIVKER - PIZZATELLI)
TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. s/ Lealtad Comercial
SENTENCIA, 46093 del 6 DE SETIEMBRE DE 2001

Sumario nro. N0009120

SUMARIO

COMPETENCIA DESLEAL-PROPAGANDA ENGANOSA:CONCEPTO;ATIPICIDAD -PERJUICIO CONCRETO-OMISION DE PRUEBA

Si bien la publicidad desleal —en el sentido de que se lesiona el interés de los competidores, ya que puede desviarse clientela injustificada—, enerva el correcto funcionamiento de un orden concurrencial al crear imperfecciones de información, y, sobre todo, porque ataca los intereses de los consumidores en disponer de una información veraz para poder efectuar sin distorsión alguna la elección en el mercado; sin embargo, la misma no se encuentra configurada cuando, —como en el caso—, surge que a pesar de que el accionado haya utilizado una imagen fotográfica -que reconoció en sede administrativa pertenecer al establecimiento del pretensor, procediendo al retiro de la propaganda-, no se encuentra acreditado que dicha imagen haya producido un perjuicio concreto sobre el accionante,

en tanto este no demostró —carga que sobre el pesaba (CPCN. art.377)— que su cartera de clientes haya disminuido o

desviado, ni existe evidencia alguna que acredite que la utilización fotográfica de su hacienda haya desbaratado, perjudicado o desbalanceado la igualdad de posibilidades en la concurrencia al mercado de ambos mercaderes.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala B (BUTTY - DIAZ CORDERO - PIAGGI)

CASA HUTTON SA c/ RESMACON SRL s/ ORD.

SENTENCIA, 000061 del 11 DE FEBRERO DE 2000

Sumario nro. N0009159

SUMARIO

CONTRATOS INNOMINADOS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-PROPAGANDA ENGANOSA-
APLICACIÓN DE LA LEY-APLICACIÓN RETROACTIVA:IMPROCEDENCIA

Toda vez que la contratación de un plan de asistencia al viajero publicitado en un aviso cuyo incumplimiento se invoca, fue celebrada antes de la entrada en vigencia de la ley 24.240, no corresponde analizar la cuestión a la luz de dicha norma; en consecuencia, si entre la publicación del aviso en cuestión y el momento de la contratación, se publicaron nuevos avisos con distintas condiciones, no puede alegarse que la prestadora del servicio haya tenido el propósito de inducir a engaño respecto de las verdaderas condiciones del servicio promocionado, no correspondiendo responsabilizarla por no cumplir con lo publicitado en el primer aviso.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala E (RAMIREZ - ARECHA - GUERRERO)

SUAREZ, NELIDA c/ ASSIST CARD SA s/ ORD.

SENTENCIA, 000096 del 24 DE FEBRERO DE 2000

Sumario nro. T0005093

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL:TIPICIDAD-PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO:REQUISITOS-BIEN JURÍDICO
PROTEGIDO-PUBLICIDAD ENGAÑOSA

1 - Cuando se publiciten voluntariamente precios de bienes y servicios por cualquier medio, deberá hacerse de acuerdo con lo establecido por la Res. 434/94, reglamentaria de la ley de lealtad comercial, que indica que el precio será el de contado en dinero efectivo y corresponderá al importe total que efectivamente deberá abonar el consumidor final; en consecuencia, comete infracción la empresa que publicita en un diario sus productos sin informar el precio de contado correspondiente al importe total que debe abonar el consumidor por las unidades ofrecidas —en el caso, automóviles— (Del voto del Dr. Hendler).

2 - La ley de lealtad comercial 22.802 tiene, como uno de sus objetivos, que el consumidor conozca en forma inmediata el monto que deberá desembolsar para la adquisición del bien o servicio publicitario, así como también permitir una rápida comparación con los valores de otros oferentes del mercado (Del voto del Dr. Hendler).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala A (HENDLER - REPETTO)

SEVEL ARGENTINA S.A. s/ Lealtad comercial

SENTENCIA, 46323 del 5 DE JULIO DE 2001

Sumario nro. T0005097

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-LEYENDA ENGAÑOSA-PRECIO-BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1 - La normativa vigente sobre lealtad comercial exige que cuando los precios se exhiban financiados deberá indicarse el precio contado en dinero efectivo, el precio total financiado, el anticipo si lo hubiera, la cantidad y monto de las cuotas, y la tasa de interés efectiva anual aplicada (art. 8 de la Resolución ex-S.C. e I. 434/94), por consiguiente el aviso publicitario cuestionado ha infringido dicha normativa pues en él no se informaba el precio total de contado, ni el precio total financiado ni el monto de cada cuota, ni la tasa de interés efectiva anual aplicada, calculada sobre el precio de contado de los productos allí ofrecidos (Del voto del Dr. Hornos).-

2 - El fin que se persigue con la ley 22.802 de Lealtad Comercial, es evitar que los consumidores sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de mercaderías o la contratación de servicios, protegiéndose, de este modo el derecho de aquéllos a una información adecuada, completa y veraz en relación al consumo (art. 42 Constitución Nacional) (Del voto del Dr. Hornos).

3 - Con la ley 22.802 se pretende preservar la lealtad en las relaciones comerciales, que abarca los derechos de los consumidores y los de los competidores y, que con una incorrecta exhibición de precios (el precio facturado fue superior al publicado en la góndola) se pueden producir desvíos o captación potencial de clientela por medio de métodos contrarios a la lealtad en las relaciones comerciales (Del voto del Dr. Hornos).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 22.802

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala B (HORNOS - GRABIVKER - PIZZATELLI)

IMPOMOTOR S.A. s/ Lealtad comercial

SENTENCIA, 44903 del 20 DE MARZO DE 2001

Sumario nro. T0005221

SUMARIO

COMPETENCIA DESLEAL-CORREO ARGENTINO SOCIEDAD ANONIMA-PROPAGANDA ENGAÑOSA-CARTA DOCUMENTO-MULTA (ADMINISTRATIVO):IMPROCEDENCIA

1 - Corresponde dejar sin efecto la multa impuesta a la empresa Correo Argentino por haber publicitado que es la única empresa prestadora postal que puede brindar el servicio de comunicaciones fehacientes por carta-documento, lo que se consideró que podría inducir a error, engaño o confusión al

consumidor, pues estando fuera de cuestión que si bien cualquiera de los prestadores puede brindar el servicio de carta-documento, únicamente tienen calor fehaciente las de Correo Argentino SA, en tanto los demás prestadores necesitan de un fedatario para ese fin.

2 - La circunstancia de que también los telegramas colacionados sean comunicaciones fehacientes sin intervención de escribano público, no es motivo para entender que haya habido inexactitud u ocultamiento en el anuncio desde que este último se encuentra circunscripto por el encabezamiento que se refiere únicamente a las cartas-documentos.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL
Sala A (HENDLER - REPETTO)
CORREO ARGENTINO S.A. s/ Lealtad Comercial
SENTENCIA, 47483 del 22 DE NOVIEMBRE DE 2001

Sumario nro. T0005296

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:ALCANCES-INFRACCIÓN FORMAL
GENÉRICA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-LEYENDA ENGAÑOSA

1 - En materia de lealtad comercial, no tiene relevancia la circunstancia de que no exista perjuicio al bien jurídico tutelado ni daño a los consumidores pues, en principio, este tipo de infracción es de las llamadas "formales", y se configura con la simple constatación, sin que se advierta en el caso elemento alguno por el que se justifique un apartamiento de la regla general.

2 - La finalidad de la ley de Lealtad Comercial es evitar que los consumidores, por medio de publicidades poco claras o engañosas, o por inexactitudes, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de los productos, o las mercaderías, o en la contratación de servicios, protegiéndose, de este modo, el derecho de aquéllos a una información adecuada, completa y veraz, en relación al consumo (art. 42 de la Constitución Nacional) y con dicha ley se pretende preservar la lealtad en las relaciones comerciales, que abarca los derechos de los consumidores y los de los competidores, impidiendo que, mediante una publicidad como la examinada se produzcan desvíos o captación potencial de clientela por medios de métodos contrarios a la lealtad en las relaciones comerciales.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL
Sala B (PIZZATELLI - HORNOS - GRABIVKER)
AUCHAN S.A. s/ Lealtad Comercial
SENTENCIA, 48028 del 19 DE JUNIO DE 2002

Sumario nro. T0005329

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL:TIPICIDAD;OBJETO-LEYENDA ENGAÑOSA-DELITO CULPOSO

1 - Infringe el Art. 9 de la Ley Lealtad Comercial quien publicita la entrega gratuita de "un dije de oro" por la compra de una revista si se advierte que el porcentaje de oro en las muestras analizadas es tan

insignificante, que de ninguna manera podía anunciarse que los dijes obsequiados fueran de oro ni enchapados en ese metal, lo cual constituye un argumento para promocionar las ventas, que difiere de la realidad y puede llevar a confusión al consumidor configurando una publicidad engañosa.

2 - Las infracciones sancionadas en la Ley de Lealtad Comercial deben entenderse previstas como hechos culposos que no resultan desincriminados por errores que, de todas maneras, suponen una omisión del deber de cuidado que incumbe a todo comerciante.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art. 9

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala A (HENDLER - REPETTO)

EDITORIAL PERFIL S.A. s/ Lealtad Comercial

SENTENCIA, 48350 del 3 DE JUNIO DE 2002

Sumario nro. T0005344

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-INFRACCIÓN FORMAL GENÉRICA: ALCANCES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-IDENTIFICACIÓN DE MERCADERÍAS-RÓTULOS DE CALIDAD Y ORIGEN-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA: IMPROCEDENCIA-BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: ALCANCES

1 - En principio las infracciones a la ley de lealtad comercial revisten el carácter de formales, para cuya sanción no es necesario evaluar si hubo intencionalidad por parte de la sumariada, o no, o perjuicios a los consumidores, sino que sólo se requiere la simple constatación (Del voto del Dr. Grabivker).

2 - El principio de nimiedad o doctrina de la bagatela no puede aplicarse a los casos de infracción a la ley citada en virtud de que, aunque la infracción pueda parecer mínima, lo verdaderamente importante es el ordenamiento de la actividad comercial, la defensa de los derechos de los eventuales consumidores y la protección de los comerciantes cumplidores, y es irrelevante el agravio referente a que el público consumidor contaba con suficiente información sobre la aptitud de los equipos de computación frente al efecto del año dos mil lo cual no exime a la sumariada de las obligaciones que la normativa vigente impone a quien publicita y comercializa productos de computación (Del voto del Dr. Grabivker).

3 - La ley 22.802 persigue evitar a los consumidores, por medio de publicidades poco claras y engañosas, o inexactitudes, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de productos, mercaderías o en la contratación de servicios protegiéndose, de este modo, el derecho de aquellos a una información adecuada, completa y veraz con relación al consumo (Del voto del Dr. Grabivker).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala B (GRABIVKER - PIZZATELLI - HORNOS)

GARBARINO S.A. s/ Lealtad Comercial

SENTENCIA, 47142 del 7 DE MARZO DE 2002

Sumario nro. T0005378

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-TELEFÓNICA DE ARGENTINA-LEYENDA ENGAÑOSA-MULTA: PROCEDENCIA

1 - Corresponde confirmar la resolución que dispuso multar por infracción al Art. 9 de la ley de Lealtad Comercial a la empresa telefónica que publicó a través de un mailing enviado a sus clientes, la promoción de un servicio de llamadas de larga distancia (promocionado como "La hora telefónica") que contenía inexactitudes u ocultamientos que podían inducir a error, engaño o confusión con referencia al precio y a las condiciones de comercialización del servicio ofrecido, al no informar que las ventajas tarifarias solo se aplicarían a las llamadas que superasen cierto tiempo. (Del voto del Dr. Grabivker).

2 - Las exigencias establecidas por la normativa vigente deben ser cumplidas por los comerciantes en todo y cada uno de los avisos y promociones que publiciten bienes o servicios, por lo que el incumplimiento en uno solo de los avisos integrantes de una campaña publicitaria es suficiente para que se configure la infracción imputada (Cf. Art. 9 citado) (Del voto del Dr. Grabivker).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art. 9

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala B (GRABIVKER - PIZZATELLI - HORNOS)

TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. s/ Lealtad Comercial

SENTENCIA, 46618 del 11 DE DICIEMBRE DE 2001

Sumario nro. T0005390

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-LEYENDA ENGAÑOSA-MULTA-MONTO DE LA PENA-REDUCCION DE LA MULTA

1 - Corresponde confirmar la resolución que impuso una multa a la aerolínea infractora de los Art. 5 y 9 de la Res. SIC 434/94, reglamentaria de la ley de lealtad comercial, por publicar un aviso omitiendo consignar el precio de contado en dinero efectivo que deberá abonar el consumidor sin incluir la DNT ni tasas de aeropuerto (Del voto del Dr. Pizzatelli).

2 - La ley de lealtad comercial tiene como uno de sus objetivos que el consumidor conozca en forma inmediata el monto que deberá desembolsar por la adquisición del bien o servicio publicado y permitirle una rápida comparación con los valores de otros oferentes del mercado, pues el precio publicado debe corresponder al importe que efectivamente deba abonar el consumidor final, resulta transgredida la normativa vigente cuando se anuncia un valor que es el mínimo posible de la escala tarifaria correspondiente al no incluir los rubros que integran el precio total (en este caso, impuestos y tasas) (Del voto del Dr. Pizzatelli).-

3 - Con respecto a la alegada desproporción del monto de la multa aplicada cabe señalar que por la ley 22.802 se establecen los parámetros —máximo y mínimo— de la sanción de multa, cuyo monto debe ser graduado por el juzgador atendiendo a las circunstancias del caso, al patrimonio del sancionado y a los eventuales antecedentes que aquel pudiera registrar y de las constancias de autos surge que la sancionada registra un único antecedente en la Dirección Nacional de Comercio Interior que no permite considerarla reincidente, por lo que el monto de la multa aplicada debe reducirse (Del voto del Dr. Pizzatelli).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala B (PIZZATELLI - GRABIVKER - HORNOS)

IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA S.A. s/ Lealtad Comercial

SENTENCIA, 48473 del 26 DE SETIEMBRE DE 2002

Sumario nro. T0005482

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-LEYENDA ENGAÑOSA-BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1 - Corresponde confirmar la sanción de multa impuesta por infracción a la ley de lealtad comercial a quien publicó un aviso un diario indicando un precio +IVA, sin informarse el precio total de contado en dinero efectivo que efectivamente debía abonar el consumidor por el bien ofrecido, sin precisar el Impuesto al Valor Agregado, flete, patentamiento, prenda, ni seguros (Del voto del Dr. Grabivker).

2 - El fin que se persigue con la ley 22.802 de lealtad comercial es evitar que los consumidores mediante publicidades poco claras, engañosas o inexactas, sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de productos o en la contratación de servicios, protegiéndose el derechos de aquéllos a una información adecuada, completa y veraz, en relación al consumo (Art. 42, CN) (Del voto del Dr. Grabivker).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 22.802

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala B (GRABIVKER - HORNOS - PIZZATELLI)

VOLKSWAGEN ARGENTINA S.A. s/ Lealtad Comercial

SENTENCIA, 48613 del 7 DE OCTUBRE DE 2002

Sumario nro. T0005509

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Debe confirmarse la resolución que impuso una multa a una razón social por haber publicado un aviso publicitario que consignaba el precio mas IVA sin indicar el precio total de contado para encuadrar dicha conducta dentro de las previsiones del art. 9 en concordancia con el art. 5 de la Res. de la Secretaría de Comercio e Industria 434/94, reglamentaria de la ley 22.802 (Del voto del Dr. Hornos).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala B (HORNOS - GRABIVKER - PIZZATELLI)

CIRLAFIN S.A.C.I.F. s/ Lealtad Comercial

SENTENCIA, 45825 del 11 DE SETIEMBRE DE 2001

Sumario nro. T0005544

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL:OBJETO-LEYENDA ENGAÑOSA-BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1 - Corresponde confirmar la multa haber ofrecido mediante un aviso publicitario un servicio de línea telefónica (Bandsud Phone) como servicio gratuito que permitía realizar todo tipo de operaciones en forma sencilla y con máxima seguridad, las 24 horas del día, los 365 días del año, desde cualquier punto del país, siendo el mismo de gestión empresarial y no gratuito, porque en primer lugar, aún cuando la denuncia formulada sólo contiene escasos datos sobre el denunciante y el hecho concreto que denuncia no carece de fuerza invalidante y el organismo administrativo que la recibió después de comprobar su verosimilitud, en uso de las facultades que la ley le otorga, la hizo propia (Del voto del Dr. Repetto).

2 - En segundo lugar, por el Art. 9 de la Ley de Lealtad

Comercial se prohíbe la realización de cualquier clase de presentación, publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error o confusión respecto a las condiciones de comercialización o caracteres del servicio ofrecido (Del voto del Dr. Repetto).

3 - De tal forma, la publicación de un aviso en el que se promociona un servicio de línea telefónica como gratuito, cuando en realidad es oneroso, infringe normativa vigente y es merecedor de sanción.

De la simple lectura del aviso únicamente se infiere que el acceso o utilización de aquel servicio no implica costo alguno, toda vez que el mismo omite información respecto de las características y condiciones del precio del servicio, no informe que las llamadas al servicio 0810 tienen un valor adicional, asimilable al costo de una llamada urbana o interurbana a una línea común, para los usuarios del servicio (Del voto del Dr. Repetto).

4 - Las infracciones sancionadas en la Ley de Lealtad Comercial deben entenderse previstas como hechos culposos que no resultan disincriminados por errores que representan una omisión del deber de cuidado que incumbe a todo comerciante (Del voto del Dr. Repetto).

5 - Corresponde revocar la sanción que impuso multa si en el caso el anuncio de gratuidad del servicio ofrecido no se encuentra desvirtuado ni surge ninguna confusión por la circunstancia de que la comunicación telefónica con que se gestiona la prestación resulte onerosa, pues está sobreentendido que lo anunciado es la gratuidad del servicio, no de las líneas telefónicas, caso que sería igual si el servicio se prestara por vía postal, donde la gratuidad no resultaría dementida por el franqueo que se abona por ellas.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art. 9

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala A (REPETTO - GRABIVKER - HENDLER, en disidencia)

BANCO BANSUD S.A. s/ Lealtad Comercial

SENTENCIA, 49146 del 18 DE FEBRERO DE 2003

Sumario nro. J0032691

SUMARIO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:REQUISITOS PROPIOS-CUESTION NO CONSTITUCIONAL-SENTENCIA SUFICIENTEMENTE FUNDADA-CÁMARA DE APELACIONES-FUNCIÓN JURISDICCIONAL-COLEGIO PROFESIONAL-FACULTADES DISCIPLINARIAS (CIVIL)-

FARMACEUTICOS-SANCIONES DEL COLEGIO PROFESIONAL-SUSPENSION DE LA MATRICULA-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-CODIGO DE ETICA-NORMA JURÍDICA-APLICACIÓN DE LA LEY

Corresponde rechazar la queja desde que no logra el recurrente demostrar que lo resuelto por la Alzada al confirmar la sanción que le impuso el Tribunal de Ética del Colegio de Farmacéuticos, implique un grosero desconocimiento del derecho a la jurisdicción o la violación de sus derechos al debido proceso y de defensa en juicio. Así, la decisión se ajustó al examen de la normativa aplicable, esto es, los artículos 22 de la ley 3950 de Ejercicio Profesional de la Medicina, 155 del Código de Ética y 11 del Reglamento de Publicidad, comprobando los juzgadores que la conducta sancionada consistió en una publicidad efectuada en un diario de amplia difusión y gran tiraje "...agijnada con la perspectiva o promesa de un regalo apetecible, como es un automóvil cero kilómetro...", la que, conforme remisión a un antecedente dictado por la misma Sala, encuadra en la necesidad de cumplimiento de exigencias y límites que reglamentan el derecho a la publicidad dado la finalidad de desterrar "la industrialización de la profesión de los Farmacéuticos" salvaguardando la ética, y custodiando fielmente la salud de los ciudadanos "...sin llevarlos a engaños o equívocos, en pro de una voracidad vendedora fogueada por hábiles publicitarios y/o comunicadores sociales...". En suma, las apreciaciones efectuadas por los sentenciantes precisamente resguardaron tal finalidad, continuando vigente el recaudo de la autorización previa, y los propósitos de salvaguardar la salud pública, evitando el engaño, el error o la explotación de la buena fe del consumidor, como así también el menoscabo y desprestigio del ejercicio profesional, aspectos contraproducentes de una propaganda que se acentúan cuando se mencionan regalos, bonos, premios, concursos, rifas, etc., de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 155 del Código de Ética respectivo.-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Texto Ordenado Ley 3.950 Art. 22

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SANTA FE, SANTA FE

(GUTIERREZ - GASTALDI - NETRI - SPULER -)

PERESSOTTI, DANIEL ALBERTO s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD -RECURSO DE APELACION INTERPUESTO ANTE EL TRIBUNAL DE ETICA COLEGIO DE FARMACEUTICOS (EXPTE.: C.S.J. NRO. 275 AÑO 2004)

SENTENCIA del 3 DE NOVIEMBRE DE 2004

Sumario nro. T0005635

SUMARIO

MULTA-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-LEALTAD COMERCIAL

1 - Corresponde confirmar la resolución que impuso una multa a la razón social sumariada por infracción al Art. 9 de la Ley 22.802, toda vez que ésta lanzó un folleto publicitario donde se consignaba un precio para el producto que, al efectivamente adquirirlo, revelaba una diferencia del 100 por ciento en más, en tanto ello se encuentra acreditado con la simple observación de la publicidad, el ticket de compra y la etiqueta del pesaje.

2 - Corresponde confirmar la resolución que impuso una multa a la razón social sumariada por infracción al Art. 9 de la Ley 22.802, toda vez que ésta lanzó un folleto publicitario donde se consignaba un precio para el producto que, al efectivamente adquirirlo, revelaba una diferencia del 100 por ciento en más, y no puede prosperar el argumento defensorista en cuanto a que existían carteles sobre los productos en oferta y que el consumidor debía recurrir a personal del establecimiento a fin de corroborar los precios vigentes, toda vez que no puede exigirse al potencial consumidor que realice cálculos, averiguaciones o alguna otra operación a efectos de conocer cuál será en definitiva el costo del producto que desea adquirir, como así tampoco a que bien en particular, corresponde el precio publicitado, puesto que si existe oferta pública, el aviso debe bastarse a sí mismo y ser concluyente

respecto de que se oferta y a qué precio corresponde exactamente, a fin de evitar que se induzca a error a los potenciales interesados a consumir determinado producto.

3 - Las regulaciones publicitarias persiguen el fin de dar acabada tutela a la prerrogativa que es el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a recibir información adecuada y veraz. Tanto la falta total de información como la información dada en forma parcial, contradictoria o engañosa son todas variante idóneas para inducir a error a los potenciales interesados en consumir determinado producto o utilizar cierto servicio (Sala A, Reg. 592/2004).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art. 9

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala A (HENDLER-BONZON.)

COTO CICSA. s/ Lealtad Comercial.

SENTENCIA, 198/2005 del 21 DE ABRIL DE 2005

Sumario nro. T0005779

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-MULTA (PENAL):PROCEDENCIA-INSTITUTOS TERCARIOS-INSTITUTOS INCORPORADOS A LA ENSEÑANZA OFICIAL:IMPROCEDENCIA

1 - Corresponde confirmar la resolución por la que se impuso sanción de multa a la sumariada por infracción al Art. 9 de la Ley 22.802, puesto que, de la pagina web de dicha firma y de la publicidad efectuada en una revista, se advierte la inclusión de datos que podrían inducir a error, engaño o confusión respecto de la características de los cursos ofrecidos, toda vez que se señala que la sumariada brinda “carreras terciarias oficiales” y otorga “títulos oficiales terciarios” pero, por el contrario, dicha asociación no se encontraba debidamente incorporada a la enseñanza oficial, contando con una autorización de carácter provisorio, circunstancia que debía hacer saber a la comunidad educativa por medio de comunicaciones fehacientes, por exhibición en lugares públicos y por publicidad del servicio, conforme le fuera exigido por la Dirección General de Educación de Gestión Privada, y no se advierte de las publicidades cuestionadas que se haya respetado esa aclaración (Del voto del Dr. Pizzatelli, al que adhieren los Dres. Grabivker y Hornos).-

2 - Corresponde confirmar la resolución por la que se impuso sanción de multa a la sumariada por infracción al Art. 21 de la Ley 22.802, puesto que aquella incumplió con la intimación efectuada por el organismo administrativo de presentar cierta documentación que le fuera requerida, puesto que, si bien acompañó copia del estatuto social, ello fue a raíz de una segunda intimación, en tanto que nunca acompañó los “folletos, presentaciones y toda otra propaganda en original donde se haga referencia a publicidad o se publicite su actuación” (Del voto del Dr. Pizzatelli, al que adhieren los Dres. Grabivker y Hornos).-

3 - Las infracciones a la Ley de Lealtad Comercial (Ley 22.802) revisten el carácter de “formales”, para cuya tipificación y sanción no resulta relevante la existencia de intención o de daño a los presuntos consumidores o a los competidores, pues, como regla general, sólo se requiere la simple constatación (Del voto del Dr. Pizzatelli, al que adhieren los Dres. Grabivker y Hornos).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art. 9, Ley 22.802 Art. 21, Ley 22.802

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala B (PIZZATELLI-GRABIVKER-HORNOS.)
CENTRO DE BACARIOS DE LA OMSPA. s/ Lealtad comercial.
SENTENCIA, 986/2005 del 16 DE DICIEMBRE DE 2005

Sumario nro. T0005778

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL:RÉGIMEN JURÍDICO; OBJETO-AVISO PUBLICITARIO-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-BIEN JURÍDICO PROTEGIDO-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

1 - Incurrir en infracción a los Art. 4 y 8 de la resolución 7/2002, reglamentaria de la Ley 22.802 de Lealtad Comercial, la firma sumariada que ha publicado un aviso en una revista ofreciendo la instalación de un determinado equipamiento (en el caso, GNC), sin informar el precio de contado, el precio total financiado, la cantidad y monto de las cuotas y la tasa de interés efectiva anual aplicada, calculada sobre el precio de contado en dinero efectivo que debe abonar el consumidor, indicando en el aviso tan sólo el valor mensual de la cuota a pagar, precedido de la leyenda "desde", siendo clara la intención de que un consumidor potencial adquiera e instale un equipamiento de los ofrecidos y no, por el contrario y como sostiene la recurrente, que el aviso se refiera a un servicio técnico de información al usuario, siendo la indicación "desde \$... (pesos) por mes" una clara referencia al precio del bien publicitado, de modo tal que, con una publicidad de este tipo se pueden producir desvíos o una captación potencial de clientela por medio de métodos contrarios a la lealtad en las relaciones comerciales (Del voto del Dr. Hornos, al que adhieren los Dres. Pizzatelli y Grabivker).

2 - Las infracciones a la Ley de Lealtad Comercial (Ley 22.802) revisten el carácter de "formales", para cuya sanción no es necesario evaluar la intencionalidad del infractor, ni la producción de daño o resultado alguno; sólo se requiere la simple constatación del hecho (Del voto del Dr. Hornos, al que adhieren los Dres. Pizzatelli y Grabivker).

3 - El fin que se persigue con la ley 22.802 de Lealtad Comercial es evitar que los consumidores, mediante publicidades poco precisas, que contengan inexactitudes u ocultamientos puedan ser inducidos a error, engaño o confusión en la adquisición de productos o mercaderías o en la contratación de servicios; de tal modo, se pretende preservar la lealtad en las relaciones comerciales, la cual abarca los derechos de los consumidores y los de los competidores, tutelando la libertad, la debida información y la transparencia en aquellas actividades (Del voto del Dr. Hornos, al que adhieren los Dres. Pizzatelli y Grabivker).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL
Sala B (HORNOS-GRABIVKER-PIZZATELLI.)
ARGENTOIL S.A. s/ Lealtad comercial.
SENTENCIA, 1006/2005 del 26 DE DICIEMBRE DE 2005

Identificación SAIJ: C0402778

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-LEALTAD COMERCIAL-RESPONSABILIDAD DEL ORGANIZADOR-SORTEOS-MENORES

Es responsables de los daños y perjuicios ocasionados el organizador de un concurso -supermercado- por la no entrega del premio comprometido, si fue confusa la publicidad respecto de quienes podían participar en el sorteo (mayores de 21 años). Pues los requisitos deben ser dados a conocimiento del público de manera clara y precisa. Máxime cuando por las características de la promoción el premio era un viaje a Disney y los productos a comprar para obtener los cupones a fin de participar en el sorteo y las gráficas de la promoción estaban identificados con personajes infantiles en virtud del público al que estaba dirigida la publicidad. Es que, la publicidad de un concurso y la difusión de sus bases, condiciones y reglamentos —requisitos completos de participación— deben ser transparentes y reflejar realmente la oferta (ley 22.802, decreto 1153/97, resolución 89/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, Lealtad Comercial), además de exhibirse en forma destacada y fácilmente visible para el consumidor. De lo contrario el organizador debe asumir las consecuencias. De tal manera, es insuficiente la publicación de las condiciones del certamen en un diario de amplia circulación en la que se destaca en un gran espacio el premio y en letras pequeñas de difícil lectura las bases y condiciones. Ello por resultar poco claro y porque además cabe tener en cuenta que no todos los clientes del supermercado pudieron haber leído ese día el periódico.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802, Decreto Nacional 1.153/97

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala F (POSSE SAGUIER, GALMARINI, ZANNONI.)

MARTÍNEZ, Marisol y otro c/ CARREFOUR ARGENTINA SA s/ DAÑOS YPERJUICIOS.

SENTENCIA del 30 DE AGOSTO DE 2007

Identificación SAIJ: C0402779

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-DAÑO MORAL-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-RESPONSABILIDAD DEL ORGANIZADOR-SORTEOS-PREMIO DE JUEGOS DE AZAR-MENORES

El reclamo de daño moral ocasionado a un menor por la no entrega del premio consistente en un viaje ganado en un sorteo del que fue descalificado por su edad y al no cumplir las bases y condiciones del concurso, es procedente en virtud de que la frustración de aquél y sus implicancias razonablemente pudieron generar en los legítimos sentimientos y expectativas del niño. Máxime cuando el menor se creyó con derecho a participar del concurso al estar dirigida la publicidad de la promoción a los menores e identificado los cupones con la figura de un personaje infantil.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala F (POSSE SAGUIER, GALMARINI, ZANNONI.)

MARTÍNEZ, Marisol y otro c/ CARREFOUR ARGENTINA SA s/ DAÑOS YPERJUICIOS.

SENTENCIA del 30 DE AGOSTO DE 2007

Identificación SAIJ: C0402730

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD PROFESIONAL-RESPONSABILIDAD DEL ODONTOLOGO-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-PUBLICIDAD ENGAÑOSA

La conducta del odontólogo es altamente censurable y éste incurre en responsabilidad si viola diversas disposiciones legales (arts. 10, 30 de la ley 17.132, y 31 t.o. ley 23.873) y se vale de una publicidad

televisiva plagada de falsedades y engaños para captar clientes incautos. Corresponde esta conclusión si no se acreditó, ni siquiera se invocó, haber sido autorizado por la Secretaría de Salud Pública para realizar publicidad televisiva que excedía notoriamente lo establecido por el art. 10 citado. Más aun cuando se hizo caso omiso a prohibiciones tales como anunciar características técnicas de sus equipos o instrumental que induzcan a error o engaño, prometer la confección de aparatos protésicos en los que se exalten sus virtudes y propiedades o el término de su construcción, anunciarse como especialista sin tener el título ni estar registrado como tal en la Secretaría enunciada, publicar falsamente éxitos terapéuticos, estadísticas, datos o cualquier otro engaño, realizar publicaciones con referencia a técnicas o procedimientos personales en medios de difusión no especializados en odontología o medicina.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 17132 Art. 10, LEY 17132 Art. 30

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala G (AREÁN, BELLUCCI, CARRANZA CASARES.)

DEGLEUE, Cynthia Lorena c/ T., A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.

SENTENCIA del 13 DE MARZO DE 2007

.....
Identificación SAIJ: C0402731

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD PROFESIONAL-RESPONSABILIDAD DEL ODONTOLOGO-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-PUBLICIDAD ENGAÑOSA

1- Si bien las profesiones liberales están excluidas del marco protectorio de la ley 24.240 en virtud de lo establecido por el art. 2º, no ocurre lo mismo con la publicidad que se haga del ofrecimiento de los servicios profesionales.

2- La realización de publicidad importa una suerte de sometimiento voluntario del profesional al régimen protectorio especial de los consumidores del que quedan 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 por la autoridad de aplicación y, en su caso, por el juez.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 2

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala G (AREÁN, BELLUCCI, CARRANZA CASARES.)

DEGLEUE, Cynthia Lorena c/ T., A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.

SENTENCIA del 13 DE MARZO DE 2007

.....
Identificación SAIJ: T0005904

SUMARIO

MULTA (ADMINISTRATIVO)-DIRECCION NACIONAL DE COMERCIO INTERIOR-LEALTAD COMERCIAL-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-PRODUCTOS LACTEOS

Corresponde confirmar la resolución de la Dirección Nacional de Comercio Interior que impuso sanción de multa a la sumariada (en el caso, un supermercado) por infracción al Art. 9 de la Ley 22.802, toda vez que del folleto publicitario se advierte que el producto yogur bebible, 1 kg. (kilogramo), y cuya imagen surge del folleto, se promocionó como yogur bebible descremado, sachet por 1 lt. (litro), de modo tal que el contenido neto de aquel producto se expresó en una cantidad de medida (volumen) que es distinta de la utilizada por la empresa productora al rotular el producto (masa), por lo cual la publicidad cuestionada posee inexactitudes con aptitud para inducir a error, engaño o confusión respecto de la cantidad del bien ofrecido.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art. 9

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala B (PIZZATELLI-GRABIVKER-HORNOS.)

COTO C.I.C.S.A. s/ Lealtad Comercial.

SENTENCIA, 1034/2006 del 28 DE DICIEMBRE DE 2006

Sumario nro. T0005139

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL:TIPICIDAD-LEYENDA ENGAÑOSA:ALCANCES-ANUNCIO PUBLICITARIO-PRUEBA-FACULTADES DE LA ADMINISTRACION

1 - Comete infracción al art. 9 de la ley de lealtad comercial aquella empresa que publica un aviso donde la información relevante para el consumidor - en el caso, la indicación de las bases del concurso, de los lugares para retirar las bases y el tiempo de vigencia de la promoción - no resulta legible y las condiciones de impresión ubicadas en sentido vertical con relación al resto del texto, obstaculizan que el consumidor pueda acceder fácilmente al conocimiento de datos esenciales de la oferta, bastando con que el error se haya constatado en uno solo de los avisos publicados para que se configure la infracción (Del voto del Dr. Grabivker).

2 - Resulta procedente que el Director Nacional de Comercio Interior, en el marco de una causa por presunta vulneración a la ley mencionada, deniegue la producción de prueba ofrecida, pues el art. 17, inc. e) de aquel ordenamiento prevé que las pruebas se admitirán solamente en el caso de existir hechos controvertidos - en el caso, se había estimado que una prueba informativa solicitada sólo tendía a cuestionar la publicidad efectuada en un diario, lo cual resultaba irrelevante - y siempre que no resulten manifiestamente inconducentes (Del voto del Dr. Grabivker).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art. 9, Ley 22.802 Art. 17

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala B (GRABIVKER - PIZZATELLI - HORNOS)

BANCO FRANCES S.A. s/ Lealtad comercial

SENTENCIA, 44620 del 10 DE JULIO DE 2001

Sumario nro. K0023285

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PUBLICIDAD:ALCANCES-INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO- BUENA FE-CONDUCTA DE LAS PARTES

El art. 8 de la ley 24.240 confiere relevancia jurídica a los contenidos de la publicidad por lo que el entorno publicitario dado también integra el “marco” de ejecución del contrato por aplicación del art. 1198 del C.C. -el principio general de la buena fe y lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender (cfr. Sala II del fuero, “Instituto Privado de Nutrición y Metabolismo c/Sec. de Com. de Inv. -Disp. DNCI. 694/98”, del 11/2/99). (Consid. III).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 1198, Ley 24.240 Art. 8

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala 05 (Grecco, Gallegos Fedriani, Otero.)

“Sociedad Italiana de Beneficencia en Bs.As. c/ DNCI -Disp. 68/02(Expte. 64-4312/99)”. s/ .

SENTENCIA, 61676/02 del 20 DE MARZO DE 2003

Sumario nro. F0025407

SUMARIO

INTERESES DIFUSOS-INTERESES COLECTIVOS-ACCIÓN DE AMPARO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PUBLICIDAD

Los legisladores Martínez y Solaro, en oportunidad de fundar el proyecto Nro. 524/93 que luego diera origen a la Ley Nro. 2779, expresaban, que en muchos casos la sociedad se encuentra en estado de indefensión ante, por ejemplo, publicidades que promocionan bondades inexistentes en determinados productos, por consiguiente engañosas, y dicen que todos estos problemas han sido recogidos por la doctrina jurídica, pasando a integrar el conjunto de los que denominan “intereses difusos o derechos colectivos”.

Los autores de dicha iniciativa legislativa, siguiendo la actual tendencia, afirman que con su proyecto pretenden no tanto la reparación personal del afectado, sino la paralización de los efectos dañosos, anteponiendo lo público y preventivo al concepto individualista de daño resarcible. Como modelo toman —siguiendo a Morello— el procedimiento del amparo colectivo, el más afín al espíritu de nuestras instituciones y el que, en la medida en que no se ahogue con una malla excesivamente ritual, demostrará su utilidad.

Es precisamente este espíritu del legislador el que debemos tratar de no alterar al ejercer la tutela judicial efectiva de los derechos de usuarios y consumidores de la Provincia de Río Negro.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 2779

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Identificación SAIJ: K0025096

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-BEBIDAS ALCOHOLICAS

Incumple con lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 24.240 la firma bodeguera que publicita bebidas alcohólicas sin incluir las leyendas “beber con moderación” y “prohibida su venta a menores de 18 años” a las que hace referencia el artículo 6 de la Ley 24.788.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 4, Ley 24.788 Art. 6

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 05 (Gallegos Fedriani, Moran.)

“Bodegas San Humberto S.A. c/ DNCI-Disp 252/06 (Expte SO1:33.707/04)”.

SENTENCIA del 13 DE FEBRERO DE 2007

E | Casos generales

Sumario nro. A0081539

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONSTITUCION NACIONAL-INFORMACION AL CONSUMIDOR

TEXTO

La Constitución Nacional consagra expresamente el derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz y a la protección de sus intereses económicos (arts. 42, CN); y el deber de informar de los proveedores es más acentuado en las relaciones de consumo e implica proveer los datos suficientes para evitar que la otra parte incurra en error o no pueda ejercer sus derechos. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-. -La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró inadmisibles los recursos extraordinarios (art. 280 CPCCN)-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.42, Ley 17.454 Art.280

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Cruzada Cívica p/la Def. de. C. y U.S.P. c/ GPAT Compañía Financiera S.A. y otros s/ sumarísimo

SENTENCIA del 29 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. C2006489

TEMA

INFORMACION AL CONSUMIDOR

TEXTO

Procede confirmar la multa impuesta a una empresa recurrente en infracción al art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor, por no informar al denunciante la conformación del saldo deudor que se le atribuía en su tarjeta de crédito, toda vez que el recurrente no logra acreditar haber cumplido con su obligación de proporcionar información concreta acerca del saldo deudor, ni tampoco cumplió con su obligación de enviar los resúmenes de la tarjeta de su titularidad, ello se observa en la medida en que el consumidor se vio obligado a solicitar los mismos reiteradas veces tanto por vía telefónica como personalmente y, pese a ello no logró su cometido sino hasta la interposición de la presente denuncia.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.4

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES,
CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Fabiana Haydee Schafrik - Carlos Francisco Balbin - Pablo Cesar Mantaras)

Cencosud SA c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ recurso directo sobre resoluciones de
defensa al consumidor

SENTENCIA del 6 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. W0002828**TEMA**

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INFORMACION AL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde declarar resuelto el contrato y condenar a una concesionaria indemnizar los daños y perjuicios sufridos por un hombre en la compra de un automóvil, cuyo pago se haría una parte al contado y el resto sería financiado mediante un crédito prendario que finalmente no fue concedido, toda vez que no obra constancia que demuestre que el proveedor suministró al consumidor en la faz preliminar de la contratación, información cierta, clara y detallada sobre los requisitos que éste debía reunir a fin de calificar para acceder al crédito prendario, lo que influyó en la frustración del contrato; de manera que la conducta desplegada por la accionada, fue negligente y merece ser reprochada, pues debió solicitar al consumidor, de manera previa a la celebración del contrato de consumo, la documentación correspondiente a fin de gestionar oportunamente la aprobación del crédito, lo que hubiera permitido obtener en tiempo propio la información crediticia que a la postre resultó desfavorable, y en tal caso abstenerse de celebrar la contratación, so pena de no poder alegar con posterioridad la existencia de causa ajena que justifique la pretendida retención.

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SAN SALVADOR DE JUJUY, JUJUY

(Beatriz Elizabeth Altamirano - José Manuel del Campo -Sergio Marcelo Jenefes)

Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. C119.688/2018 Acción Emergente de la Ley del Consumidor:
Plaza Miguel Ángel c/ Fadua S.A.

SENTENCIA del 12 DE FEBRERO DE 2021

Sumario nro. B0962311**TEMA**

INFORMACION AL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde ordenar a la aerolínea demandada indemnizar a la actora por el error en la fecha de regreso de sus pasajes, toda vez que la venta telefónica habida entre las partes para la adquisición de pasajes aéreos, inexorablemente es un contrato de consumo que debe ser interpretado bajo la ley de defensa del consumidor y que la falta de diligencia de la demandada queda evidenciada en haber omitido e incumplido normas protectorias respecto a su deber de información, al no haber informado al usuario correctamente en forma clara y precisa las opciones de venta, sus precios y denegado el derecho a revocación que le asistía.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , QUILMES, BUENOS AIRES

Sala 02 (Horacio Carlos Manzi - Eleazar Abel Reidel)

G. J. y ots c/ XXX Línea Aérea s/ cumplimiento de contratos civiles /comerciales

Sumario nro. C0410737

TEMA

ACCION DE AMPARO-MEDICINA PREPAGA-PLANES DE SALUD-AUMENTO DE CUOTA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACION

TEXTO

Debe confirmarse el fallo que hizo lugar a la acción de amparo condenando a la empresa de medicina prepaga a abstenerse de incrementar la cuota de su plan de salud con fundamento en la edad de la reclamante, dado que del formulario adjuntado por la demandada y que se encuentra suscripto por la actora, no se desprende que la cuota debida es la que corresponde a una persona de 36 años bonificada, ni que tiene una bonificación por ser joven, ni tampoco el motivo del aumento, y la prestadora debió informar dicha circunstancia con la debida diligencia en virtud de lo establecido por el art. 4 de la Ley 24.240

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.4

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala F (José Luis Galmarini - Eduardo Antonio Zannoni - Fernando Posse Saguier)
Bergman, Tamara c/ OSDE s/ amparo
SENTENCIA del 21 DE MAYO DE 2020

Sumario nro. C0410738

TEMA

MEDICINA PREPAGA-PLANES DE SALUD-AUMENTO DE CUOTA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACION

TEXTO

El deber de información constituye una obligación que no sólo se impone al proveedor en la etapa precontractual y al momento de concretar la celebración del acto de consumo sino que debe ser cumplida durante todo el contrato. El artículo 4 de la Ley 24.240 impone al proveedor el deber de suministrar al consumidor la información relacionada con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, así como también lo relativo a las condiciones de su comercialización en forma detallada.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.4

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala F (José Luis Galmarini - Eduardo Antonio Zannoni - Fernando Posse Saguier)
Bergman, Tamara c/ OSDE s/ amparo
SENTENCIA del 21 DE MAYO DE 2020

Sumario nro. C2006457

TEMA

INFORMACION AL CONSUMIDOR-PLAN DE AHORRO PREVIO

TEXTO

Corresponde rechazar los recursos intentados por las demandadas contra la resolución de la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor que les impone una multa de \$ 40.000 y \$ 30.000 por infringir el art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, luego de que la actora ganase la

licitación de un automóvil adquirido mediante un plan de ahorro previo y no se cumpliera con la adjudicación debido a que el oferente introdujo requisitos que no habían sido incluidos al momento de la contratación y que tampoco habían sido informados en tiempo y forma, toda vez que el reproche a las sumariadas no se centra en los términos de la solicitud de adhesión suscripta por las partes sino en la conducta posterior con las adjudicaciones y las dificultades que atravesó la denunciante relativas a los requisitos exigidos para entregarle el automóvil, pues el deber de información no se agota con la suscripción de la documentación contractual, sino que se extiende durante la etapa de ejecución y en el caso no se acreditó que los nuevos requisitos hubiesen sido puestos en conocimiento de la denunciante al incorporarse al sistema de ahorro para la adquisición del rodado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.4

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Mariana Diaz - Fabiana Haydee Schafrik - Carlos Francisco Balbin)

Auto Zero SA y otros c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ recurso directo sobre resoluciones de Defensa al Consumidor

SENTENCIA del 11 DE JUNIO DE 2020

Sumario nro. B0962199

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INFORMACION AL USUARIO-INFRACCIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

La empresa de telefonía debe responder por los daños y perjuicios derivados de la indebida adjudicación al actor de once líneas no contratadas, toda vez que se encuentra acreditado el deficiente funcionamiento, a la luz del standard del buen proveedor profesional, del servicio prestado para la anulación de facturas por servicios no contratados, así como también el incumplimiento de sus deberes de información y de atención y trato digno al consumidor o usuario, obligándolo a recurrir a múltiples instancias hasta obtener la baja del servicio no contratado.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , AZUL, BUENOS AIRES

Sala 02 (Mario Peralta Reyes - Jorge Mario Galdós - María Inés Longobardi)

Martínez Esteban c/ Telecom Personal S.A. y otro/a s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA del 30 DE ABRIL DE 2020

Sumario nro. B0962200

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INFORMACION AL USUARIO-INFRACCIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

La codemandada Veraz S.A. resulta solidariamente responsable en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor de los daños derivados de la indebida adjudicación al actor de once líneas no contratadas, por parte de su cliente adherente, pues aún teniendo por cierto que el aviso de deuda fue remitido por la empresa de telefonía, el mismo fue confeccionado en base a las posibilidades que admite la plataforma por ella creada y tiene toda la apariencia y literalidad propias de una comunicación remitida por Veraz S.A. como consecuencia de una previa información de morosidad efectuada por la empresa acreedora, de modo que sólo así pudo ser interpretada por el consumidor, quien no tiene por qué conocer ni descifrar

la enmarañada explicación brindada por la codemandada.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , AZUL, BUENOS AIRES
Sala 02 (Mario Peralta Reyes - Jorge Mario Galdós - María Inés Longobardi)
Martínez Esteban c/ Telecom Personal S.A. y otro/a s/ Daños y perjuicios
SENTENCIA del 30 DE ABRIL DE 2020

Sumario nro. C2006460

TEMA

INFORMACION AL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde confirmar la imputación dispuesta por la Dirección General de Defensa del Consumidor a las dos empresas sumariadas por infracción al artículo 4° de la ley 24240 por una transacción impugnada, pues frente al desconocimiento de la operación por el denunciante, las requeridas no informaron en forma cierta los elementos considerados para verificarla como propia, ni pusieron el cupón correspondiente a disposición del consumidor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.4

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES,
CIUDAD DE BUENOS AIRES
(Esteban Centanaro - Gabriela Seijas - Hugo Zuleta)
Banco de Galicia y Buenos Aires SA y otros c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ recurso
directo sobre resoluciones de defensa al consumidor
SENTENCIA del 10 DE JUNIO DE 2020

Sumario nro. C2006423

TEMA

INFORMACION AL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde confirmar la sanción impuesta por la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor a Peugeot Citroën Argentina SA por infracción a los artículos 4° y 12 de la ley 24240 a raíz de los desperfectos sufridos en la camioneta adquirida por el actor, toda vez que se encuentra acreditado que la publicidad agregada no se condice con las opciones disponibles al momento de querer actualizar el sistema, a la vez que no es posible pasar por alto que el pack que incluía el sistema de navegación era adicional al vehículo y que tal como manifestó la actora, la información relativa a esta prestación resultaba de importancia para decidir la adquisición, de modo que la información adecuada y la efectiva prestación de un servicio técnico resultaban indispensables para la correcta ejecución del contrato.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.12

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES,
CIUDAD DE BUENOS AIRES
(Gabriela Seijas - Esteban Centanaro - Hugo Zuleta)
Citroën Argentina SA c/ Dirección General De Defensa Y Protección Del Consumidor s/ recurso directo sobre resoluciones
de defensa al consumidor
SENTENCIA del 11 DE JUNIO DE 2019

Identificación SAIJ : K0029028

TEMA

MAQUINAS DE JUEGO-INFORMACION AL CONSUMIDOR

La ausencia de quejas o sanciones a la empresa propietaria de las máquinas de juegos no significa que no exista infracción a la normativa que prescribe que tal maquinaria debe funcionar en idioma castellano o tener la traducción a dicho idioma, sino simplemente que la misma no ha sido denunciada.

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL ,
CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Duffy - Morán)

PROCONSUMER y Otro c/ CIRSA y Otros s/ Proceso de conocimiento

SENTENCIA del 1 DE DICIEMBRE DE 2015

Nro.Fallo: 15100058

Identificación SAIJ : K0029026

TEMA

JUEGOS DE AZAR-MAQUINAS DE JUEGO-INFORMACION AL USUARIO

Las máquinas de juegos de azar explotadas por las co-demandadas no vulneran la Resolución 97/04 de Lotería Nacional Sociedad del Estado pues si bien algunas poseen leyendas o se encuentran en un idioma distinto al castellano las encartadas han implementado una serie de medidas en las mismas con el objeto de asegurar que el usuario pueda conocer de manera suficiente su funcionamiento y características básicas, cumplimentando así las normas vigentes en la materia que no exigen una traducción integral de todos los términos y vocablos contenidos en la máquina sino sólo la de aquéllos necesarios para que un consumidor medio pueda comprender su funcionamiento.

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL ,
CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Duffy - Morán)

PROCONSUMER y Otro c/ CIRSA y Otros s/ Proceso de conocimiento

SENTENCIA del 1 DE DICIEMBRE DE 2015

Nro.Fallo: 15100058

Identificación SAIJ : K0029031

TEMA

MAQUINAS DE JUEGO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INFORMACION AL CONSUMIDOR

Las obligaciones propias de las empresas demandadas propietarias de máquinas de juegos referidas al funcionamiento de las mismas no exime al potencial apostador de actuar con una diligencia mínima consistente en examinar y comprender el funcionamiento, máxime teniendo en cuenta que el despliegue del ícono de las reglas de juego se puede realizar sin la necesidad de introducir dinero o medio de pago alguno y existe la posibilidad de acudir a los puestos de atención al cliente o al personal en sala encargado de asistir al público en caso de falta de comprensión.

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL ,
CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Duffy - Morán)
PROCONSUMER y Otro c/ CIRSA y Otros s/ Proceso de conocimiento
SENTENCIA del 1 DE DICIEMBRE DE 2015
Nro.Fallo: 15100058

Identificación SAIJ : K0029029

TEMA

MAQUINAS DE JUEGO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INFORMACION AL CONSUMIDOR
Las obligaciones emergentes de la Ley de Defensa del Consumidor no resultan vulneradas por las máquinas de juego que se encuentran en un idioma diferente al castellano pues las empresas propietarias de las mismas han dispuesto una serie de medidas, como carteles informativos, stickers y personal para asistir al público que aseguran al público apostador un estándar de traducción y de información suficiente sobre las condiciones de funcionamiento de dichas máquinas.

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL ,
CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Duffy - Morán)
PROCONSUMER y Otro c/ CIRSA y Otros s/ Proceso de conocimiento
SENTENCIA del 1 DE DICIEMBRE DE 2015
Nro.Fallo: 15100058

Identificación SAIJ : K0029030

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR
El principio protectorio consagrado por la Constitución Nacional y la Ley 24.240, que se encuentra constituido por un marco normativo cuyo fin último es el de tutelar los derechos de los usuarios y consumidores y tiene la finalidad de proteger a tales sujetos, no conlleva la ausencia de ciertos deberes y responsabilidades en cabeza de los usuarios y consumidores.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional, Ley 24.240

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL ,
CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Duffy - Morán)
PROCONSUMER y Otro c/ CIRSA y Otros s/ Proceso de conocimiento
SENTENCIA del 1 DE DICIEMBRE DE 2015
Nro.Fallo: 15100058

Identificación SAIJ : K0029027

TEMA

JUEGOS DE AZAR-MAQUINAS DE JUEGO-INFORMACION AL USUARIO

Las máquinas de juego que funcionan en un idioma distinto al castellano no vulneran la normativa referida a la provisión de información a los usuarios de la Lotería Nacional no sólo pues se observan carteles informativos y stickers en idioma nacional en las mismas con la descripción de las características del juego, sino que existen puestos de atención al cliente y personal destinado a asistir al público apostador en las salas de juego, lo que garantiza un estándar mínimo de información a fin de dotar a los potenciales usuarios o apostadores de las herramientas necesarias para la comprensión de las condiciones de su funcionamiento.

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL ,
CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Duffy - Morán)

PROCONSUMER y Otro c/ CIRSA y Otros s/ Proceso de conocimiento

SENTENCIA del 1 DE DICIEMBRE DE 2015

Nro.Fallo: 15100058

Identificación SAIJ : C2006289

TEMA

INFORMACION AL CONSUMIDOR

Corresponde confirmar la sanción impuesta en sede administrativa contra una empresa de medicina prepaga originada en la denuncia de la actora ante la Dirección de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires por no haber sido notificada adecuadamente del cambio de los centros de atención de salud de la cartilla, toda vez que se configura la infracción por parte de la demandada al art. 4 de la ley 24.240, en tanto no informó debidamente a la afiliada de los cambios de centros de atención y no contestó la carta presentada por la denunciante solicitando información acerca del motivo por el cual la habían cambiado de plan y de cartilla médica, no arrojando elementos probatorios suficientes que permitan demostrar sus dichos.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.4

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD
DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 03 (Centanaro - Seijas - Zuleta)

SWISS MEDICAL SA c/ GCBA s/ RECURSO DIRECTO SOBRE RESOLUCIONES DE
DEFENSA AL CONSUMIDOR

SENTENCIA del 18 DE FEBRERO DE 2016

Nro.Fallo: 16370002

Identificación SAIJ : C2006291

TEMA

INFORMACION AL CONSUMIDOR

Corresponde confirmar la resolución dictada por la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor que sancionó a una entidad bancaria por incumplimiento de la ley de Defensa del Consumidor en relación al reclamo de un cliente que efectuó un depósito por cajero automático que no se

acreditó en la cuenta bancaria correspondiente, toda vez que el banco incumplió su deber de informar a los usuarios sobre la mecánica del funcionamiento y los recaudos a adoptar en cajeros automáticos, siendo el banco quien se encuentra en mejores condiciones de probar la inexistencia del depósito resultando insuficiente prueba que la ausencia de depósito se debió a sobre inexistente, advirtiéndose que el ticket adjuntado por el denunciante posee entidad para probar que, al menos, el sobre fue ingresado en el cajero, pues de lo contrario no se hubiera obtenido tal constancia.

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Díaz - Schafrik de Nuñez - Lima)

Banco Santander Río S.A. c/ G.C.B.A. s/ Recurso directo sobre resoluciones de Defensa del Consumidor

SENTENCIA del 18 DE FEBRERO DE 2016

Nro.Fallo: 16370003

Identificación SAIJ : B0958993

TEMA

INFORMACION AL CONSUMIDOR

Corresponde anular la sentencia que rechazó la demanda ejecutiva por considerar, en modo previo a sustanciar el reclamo con el accionado, que el pagaré objeto de autos no cumple con los requisitos de información previstos en el art. 36 de la ley 24.240, toda vez que la resolución ha sido dictada prematuramente, violentando el debido proceso sin respetar el principio de bilateralidad o contradicción al omitir sustanciar la pretensión ejecutiva, pues de conformidad con la interpretación pro consumidor de la norma, es éste quien tiene la facultad y no la obligación de demandar o no la nulidad parcial o total del contrato.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.36

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

Sala 02 (Loustau - Monterisi - Rosales Cuello)

Banco Saez S.A. c/ Paolini, Silvana Elizabeth s/ Cobro ejecutivo

SENTENCIA del 2 DE FEBRERO DE 2016

Nro.Fallo: 16010003

Identificación SAIJ : W0002667

TEMA

INFRACCIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR-INFORMACION AL CONSUMIDOR

Corresponde hacer lugar a la indemnización integral reclamada por quien suscribió un Título de Capitalización y Ahorro para la entrega de un automotor por sorteo y al presentarse a requerir su premio, conforme el número sorteado en la Lotería Nacional, se anotició en ese acto del cambio de modalidad del mismo, toda vez que el daño moral reclamado se encuentra configurado por las expectativas que asumió la actora al detentar el número ganador, conforme sorteo de la Lotería Nacional, generadas por la falta de información y la frustración que experimentó ante la modificación de la

modalidad oportunamente fijada y que derivó de la falta de información adecuada y oportuna imputable a la accionada.

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SAN SALVADOR DE JUJUY, JUJUY
(Jefes - De Langhe de Falcone - del Campo - Bernal)
Victorina María Vargas c/ Firmat Planauto S.A. s/ Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en el expte. N° B-174.984/07 (Sala III - Cámara Civil y Comercial) Sumarísimo por cumplimiento de Contrato
SENTENCIA del 7 DE MARZO DE 2016
Nro.Fallo: 16200001

Identificación SAIJ : F0084354

TEMA

INFORMACION AL CONSUMIDOR

Una empresa de telefonía celular debe indemnizar por daño moral a un usuario a causa de la expectativa generada por una propuesta de participación en un concurso recibida por mensaje de texto en el celular usado por el actor, sin informar como requisito habilitante el ser titular de la línea, pues se ve afectado el derecho de información cierta, clara y detallada del art. 4 de la ley 24.240, toda vez que los términos y condiciones en que se encontraba redactada la propuesta era susceptible de generar una expectativa que terminaría en una frustración que no ha debido experimentar el reclamante, siendo necesario destacar que la demandada al invitar a concursar no se esforzó ni asignó recursos para asegurarse en la emisión de la oferta, que los concursantes fueran los titulares de la línea o que no estuvieran en mora, entre las demás condiciones

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.4

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERIA , GENERAL ROCA, RIO NEGRO
(SOTO - MARTINEZ)
GAJARDO HUGO ESTEBAN c/ TELEFONICA MOVILES ARGENTINA s/ ORDINARIO (DAÑOS Y PERJUICIOS - P/C 145421-DCI-09)
SENTENCIA del 23 DE MARZO DE 2016
Nro.Fallo: 16050000

Identificación SAIJ : K0028926

TEMA

MULTA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-OFERTA AL CONSUMIDOR-PUBLICIDAD GRAFICA-DOLARES

Es procedente la multa impuesta, por infracción al art. 7° de la Ley 24.240 y a los arts. 2° y 8° de la Res. 7/2002 de la Secretaría de la Competencia, de la Desregulación y la Defensa del Consumidor (S.D.C. y D.C.), a quien publicitó un tratamiento estético en un medio gráfico expresando el precio del mismo en dólares omitiendo expresar el precio de contado en pesos, puesto que tratándose de la publicidad voluntaria de bienes y/o servicios dirigidos a potenciales consumidores, el oferente tiene el deber de ajustar dicha actividad a las exigencias y prescripciones establecidas por las normas que la rigen.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(DO PICO - GRECCO - FACIO)

List, Sandra Melisa c/ DNCI - Disp 100/13 (expte S01: 45709/11) s/ R. directo Secret. Comercio
SENTENCIA del 4 DE DICIEMBRE DE 2014
Nro.Fallo: 14100021

Identificación SAIJ : H0001852

TEMA

RELACION DE CONSUMO-DEBER DE INFORMACION

Lo expuesto en cuanto a las propuestas de pago y financiación aceptadas y abonadas por la reclamante, carece de sustento fáctico, en tanto no obran en las actuaciones administrativas acompañadas, máxime cuando para que opere la presunción (art. 388 del C.P.C. y C.) se requiere la producción de prueba corroborante acerca de la existencia y contenido del documento (del voto en disidencia del Dr. Pasquarelli).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 912 Art.388

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL , NEUQUEN, NEUQUEN
Sala 01 (Cecilia Pamphile - Jorge Pasquarelli)

López, Romina Valeria c/ Viv. Roca de Constr. del Int. S.R.L. s/ sumarísimo Ley 2268
SENTENCIA del 3 DE JUNIO DE 2014
Nro.Fallo: 14070135

Identificación SAIJ : H0001851

TEMA

RELACION DE CONSUMO-DEBER DE INFORMACION

Corresponde ordenar la rescisión del contrato de compraventa de una casa prefabricada, y la restitución de las sumas abonadas por la compradora, pues tratándose de una relación de consumo, resulta de aplicación la Ley 24.240, y surge acreditado que la vendedora incurrió en inexactitudes e imprecisiones en torno a la comercialización y financiación de la vivienda, lo que influyó decididamente en la frustración del contrato, al no poder acceder la actora al crédito que necesitaba para adquirir la casa, pese a habersele propuesto un plan de pago y financiación para la operación convenida.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL , NEUQUEN, NEUQUEN
Sala 01 (Cecilia Pamphile - Jorge Pasquarelli)

López, Romina Valeria c/ Viv. Roca de Constr. del Int. S.R.L. s/ sumarísimo Ley 2268
SENTENCIA del 3 DE JUNIO DE 2014
Nro.Fallo: 14070135

Identificación SAIJ : B0957005

TEMA

JUICIO EJECUTIVO-PRESTAMO DE DINERO-PAGARE-INFORMACION AL CONSUMIDOR
La vía ejecutiva resulta improcedente para el cobro del pagaré suscripto como garantía del préstamo de dinero, sin que exista contrato alguno, atento la instrumentación de la relación jurídica expresada en el documento sin elemento adicional alguno que lo integre impide al Tribunal analizar el cumplimiento de los requisitos exigidos referidos a la información a suministrar al consumidor -art. 36 Ley Defensa del Consumidor-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.36

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , AZUL, BUENOS AIRES
Sala 02 (Peralta Reyes - Longobardi - Galdós)
CONSUMO S.A. s/ COBRO EJECUTIVO
SENTENCIA del 6 DE NOVIEMBRE DE 2013
Nro.Fallo: 13010315

Identificación SAIJ: K0028024

SUMARIO

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-MEDICINA PREPAGA

“La recurrente se ha reservado el derecho a modificar el importe fijado a su libre arbitrio, pues no se consignan criterios objetivos, ni se explican al afiliado los parámetros que serán tenidos en cuenta para aumentar el valor de las cuotas, ni se especifica con cuanto tiempo de anticipación ello será notificado al usuario, en abierta contradicción con lo que dispone el art. 4º de la Ley 24.240, y al derecho a la información consagrado por el art. 42 de la Constitución Nacional; pues a pesar de las alegaciones formuladas por la recurrente que en ningún momento se hace cargo de la responsabilidad que le cabe, ya que sólo ella sabe cuáles son las circunstancias a las que alude la cláusula en cuestión, toda vez que no se brinda información adecuada y suficiente resultando de tal modo una cláusula contraria a derecho al no dar detalles que, a la hora de pagar una cuota no resultan menores para el afiliado”.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240 Art. 4

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Argento, Grecco, Fernández.)
“CONSOLIDAR SALUD S.A. c/ DNCI-RESOL.588/09 (EXPTE S01: 2468/04)”.
SENTENCIA del 22 DE FEBRERO DE 2011

Identificación SAIJ: T0006083

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-IDENTIFICACIÓN DE MERCADERÍAS-ORIGEN DE LA MERCADERÍA-SUPERMERCADO-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-MULTA: PROCEDENCIA

Debe confirmarse la multa impuesta a una empresa de supermercados, por infracción al artículo 1º, inc. b), de la ley 22.802.

Dicha sanción recayó en atención de haberse hallado, en uno de sus locales comerciales, mercaderías que carecían del nombre del país donde fueron producidas o fabricadas.

La Ley de Lealtad Comercial es clara en cuanto impone a los comerciantes el deber de no comercializar frutos o productos cuya identificación contravenga lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 22.802 (conf. Art. 6, segundo párrafo de la mencionada norma). Asimismo, las infracciones a la ley 22.802 son, en principio, de naturaleza culposa, lo que supone un deber de cuidado cuya transgresión se incurre aunque el resultado que se trató de evitar.

Por otra parte, cabe puntualizar que el perjuicio al consumidor, reside en no haberle brindado la información mínima a la que tiene derecho por ley. (Sumario confeccionado por el SAIJ)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802, Ley 22.802 Art. 1, Ley 22.802 Art. 6

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala A (HENDLER - REPETTO)

COTO S.I.C.S.A. s/ Infracción ley 22.802

SENTENCIA, 58159 del 27 DE AGOSTO DE 2008

.....
Identificación SAIJ: T0006087

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-EMPRESA DE SERVICIOS TURÍSTICOS-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-PRECIO-MULTA

Corresponde confirmar la multa aplicada a la empresa dedicada a la venta de pasajes y paquetes turísticos por infracción al artículo 8º de la ley 22.802, en concordancia con el 2º de la resolución Nº 7/2002, reglamentaria de la mencionada norma.

La multa fue impuesta a raíz de haberse detectado que la firma sumariada publicó un aviso, en un diario de gran circulación, donde se ofrecía la posibilidad de adquirir ciertos servicios, sin indicar el precio que el consumidor efectivamente debería abonar para la adquisición de los mismos, como así tampoco la razón social del oferente y su domicilio en el país.

La norma referida es clara en cuanto exige, a quienes ofrezcan voluntariamente bienes o servicios, que indiquen el importe total que efectivamente debe abonar el consumidor, resultando transgredida cuando el anuncio indica un valor que es sólo una parte del total y existen otras sumas que no se encuentran especificadas.

La indicación de la preposición “desde”, seguida de un valor, junto a la indicación del servicio ofrecido, resulta un impedimento para que el consumidor conozca en forma clara, precisa e inmediata, el costo del servicio que desea adquirir. Dicha circunstancia también resulta aplicable a la fórmula “+ imp”, dado que dicho valor también integra el importe final que el consumidor deberá desembolsar para la adquisición del servicio y dicha omisión le impide efectuar una comparación con otros oferentes, como así también obstaculiza la transparencia que debe existir en el comercio. (Sumario confeccionado por el SAIJ)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art. 8

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL
Sala A (REPETTO - BONZÓN - HENDLER (en disidencia))
ASATEJ S.R.L. s/ ley 22.802
SENTENCIA, 58629 del 12 DE SETIEMBRE DE 2008

Sumario nro. K0023759

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-ENTIDADES FINANCIERAS

La publicidad en sí misma tiene como fin no sólo lograr convencer al público de la necesidad de adquirir un bien o un servicio, mostrando el producto o el servicio de la manera más persuasiva, poniendo de resalto sus ventajas o bondades, sino que también debe "informarlo" de manera que pueda decidirse con conocimiento de los bienes y servicios, de sus cualidades, atributos y posibilidades (esta Sala, 19/11/96 "Modart SACIF e I.") sino, además, especialmente en actividades como las financieras, brindarle al consumidor las herramientas necesarias para poder actuar eficientemente en la administración de su propio peculio.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)
"Finvercon S.A. Cía. Financiera c/ DNCI -Disp. 445/01 (Expte.64.7464/98)".
SENTENCIA, 19012/01 del 9 DE OCTUBRE DE 2003

Sumario nro. K0023249

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-VENTA CON PREMIOS-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

Dada la contradicción entre la obligación de observancia de la instrucción de adherir el cupón del premio junto a la enumeración de productos a adquirir, por un lado, y la aclaración, en otro lugar, de que el premio es independiente de la compra, la información brindada por la empresa careció de certeza, por lo que se verifica el incumplimiento del art. 4 de la ley 24.240.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 4

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Argenti, Uslenghi.)
Sprayette S.A c/ SIC y M. (Disp. DNC. 462/00) (Expte. 64-01194/97)
SENTENCIA, 25.019 del 29 DE MARZO DE 2001

Sumario nro. A0055678

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-IDENTIFICACIÓN DE MERCADERÍAS - INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:ALCANCES

La inscripción "Made in England", resulta una información comprensible para la generalidad de los consumidores, según es público y notorio, por lo que de ningún modo queda afectado el bien jurídico protegido, esto es la debida identificación de los productos importados para evitar errores o engaños en cuanto a su origen.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Mayoría: Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, López, Bossert, Vázquez. Abstención: Nazareno, Boggiano.)

Cencosud S.A. s/ infracción ley 22.802.

SENTENCIA del 5 DE SETIEMBRE DE 2000

Sumario nro. C0401132

SUMARIO

CONTRATO DE TURISMO-DAÑOS Y PERJUICIOS-ATENTADO TERRORISTA -RESPONSABILIDAD DE LA AGENCIA DE VIAJES: REQUISITOS;ALCANCES -INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

Para determinar si el organizador de viaje o empresa mayorista de turismo es responsable por haber omitido información conocida que hubiera influido en la decisión de la actora de realizar el viaje o desistir de hacerlo, o en la de elegir otro medio de transporte para seguir el itinerario planeado, corresponde examinar los elementos de convicción aportados a fin de determinar si se han comprobado hechos terroristas en la zona por la que viajaba la reclamante cuya frecuencia y gravedad justificara la información al viajero y que el organizador conocía o debió conocer. Asimismo, el riesgo de que ocurran debe ser analizado en relación directa con la cantidad de sucesos acaecidos en un lapso determinado circunscriptos a una zona o territorio delimitados, esto es, al tiempo o frecuencia y al lugar o espacio en que los hechos ocurren u ocurrieron en época cercana anterior al viaje. (Sumario confeccionado por el SAIJ).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala C (JORGE HORACIO ALTERINI - JOSE LUIS GALMARINI - FERNANDO POSSE SAGUIER.)

GIAMBELLUCA, EMILIA c/ NAVIL TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTRO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

SENTENCIA del 11 DE JULIO DE 2002

Sumario nro. C0401133

SUMARIO

CONTRATO DE TURISMO-DAÑOS Y PERJUICIOS-ATENTADO TERRORISTA -RESPONSABILIDAD DE LA AGENCIA DE VIAJES: ALCANCES-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Más allá de que las tratativas que llevaron a concretar el contrato de viaje fueron entabladas entre la viajera y la agencia minorista que actuó como intermediaria, y por tanto la información debía ser transmitida por quien estuvo en comunicación directa con la cliente, esta circunstancia no hubiera liberado a la empresa mayorista de su obligación de suministrar al consumidor información veraz, detallada, eficaz y suficiente (art. 4 de la ley 24.240) y de adoptar las medidas adecuadas para que el servicio no presente peligro o riesgos para su salud o integridad física (arts. 5 y 6 de la misma ley), y la responsabilidad alcanzaría a todos los participantes en el proceso de comercialización del servicio de

turismo en forma solidaria (arg. art. 40 de la ley 24.240, según la reforma introducida por el art. 4 de la ley 24.999), tanto a la empresa organizadora como a la agencia intermediaria. (Sumario confeccionado por el SAIJ).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 4 al 6, Ley 24.240 Art. 40, LEY 24.999 Art. 4

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL
Sala C (JORGE HORACIO ALTERINI - JOSE LUIS GALMARINI - FERNANDO POSSE SAGUIER.)
GIAMBELLUCA, EMILIA c/ NAVIL TRAVEL SERVICE S.R.L. Y OTRO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS
SENTENCIA del 11 DE JULIO DE 2002

Sumario nro. A0057755

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-SANCIONES ADMINISTRATIVAS-PUBLICACIÓN DE LA
SANCIÓN-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-CONSTITUCIÓN NACIONAL

La sanción accesoria de publicación prevista en el último párrafo del art. 47 de la ley 24.240 hace eficaz el derecho a una información adecuada y veraz al usuario y al consumidor, principio consagrado en el art. 42 de la Constitución Nacional.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240 Art. 47

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL
(Voto: Mayoría: Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Bossert, Vázquez.
Abstención: Nazareno, Fayt.)
Banco Bansud S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones. s/ Disposición 1242/98.
SENTENCIA del 30 DE MAYO DE 2001

Sumario nro. F0024373

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

La Ley Argentina Nro. 24.240, de Defensa del Consumidor, establece en su art. 11 que se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contraten a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: "...la adquisición o locación de cosas muebles...". El art. 4 de la Ley Nro. 24.240 dispone, al respecto, que 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

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 4, Ley 24.240 Art. 11

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-BALLADINI-SODERO NIEVAS (SEGÚN SU FUNDAMENTO: LUTZ: F0024347, F0024348, F0024349, F0024350, F0024351, F0024352, F0024353, F0024354, F0024355 Y F0024356) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0024357, F0024358, F0024359, F0024360, F0024361, F0024362, F0024363, F0024364, F0024365, F0024366, F0024367, F0024368, F0024369, F0024370, F0024371, F0024372, F0024373, F0024374, F0024375, F0024376, F0024377, F0024378, F0024379, F0024380, F0024381, F0024382, F0024383, F0024384, F0024385, F0024386, F0024387, F0024388, F0024389, F0024390, F0024391, F0024392 y F0024393))

B. S. A. s/ MANDAMUS

SENTENCIA, 0000000025 del 17 DE MARZO DE 2005

Sumario nro. K0023233

SUMARIO

CONTRATOS BANCARIOS-INTERESES-COMPUTO DE INTERESES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

La indeterminación del plazo para el cálculo de intereses y la ausencia de especificación sobre los criterios que la entidad bancaria utilizará a los fines de establecerlos, producen la falta de información suficiente al usuario, cuya principal consecuencia es la restricción de los derechos de aquél, en claro desequilibrio a favor del predisponente contractual, contrariando los arts. 4 y 37 de la ley de Defensa del Consumidor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 4, Ley 24.240 Art. 37

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Damarco, Garzón de Conte Grand, Herrera.)

HSBC Banco Roberts S.A c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI N° 622/99

SENTENCIA, 24.787 del 25 DE OCTUBRE DE 2001

Sumario nro. T0005526

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-RESPONSABILIDAD DEL COMERCIANTE: ALCANCES; PROCEDENCIA-
INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-PRUEBA

1 - Corresponde confirmar la resolución del Director Nacional de Comercio Interior que sancionó a una firma por comercializar productos sin denominación y con sus manuales de instrucción en idioma extranjero, si a la fe que tiene el acta inicial de constatación, conforme lo establecido por el art. 17, inc. d) de la ley de lealtad comercial, no se opuso prueba alguna tendiente a demostrar que los productos intervenidos tenían las indicaciones identificatorias y los folletos de instrucciones en idioma nacional, pues a partir del alcance que se otorga a lo descrito en el acta de infracción por la ley citada, queda a cargo del interesado desvirtuar su valor probatorio (Del voto del Dr. Hornos).

2 - No cabe cuestionar una resolución sancionatoria por violación a la ley de lealtad comercial, del Director Nacional de Comercio Interior, a partir de explicaciones de lo sucedido mediante las cuales se pretenda derivar la responsabilidad en el accionar de terceras personas y/o en circunstancias económicas o de prácticas comerciales ajenas a la cuestión, pues quien comercializa un producto —en el caso, sin denominación y con los manuales de instrucción en idioma extranjero— debe arbitrar los medios necesarios para que se encuentre en las condiciones que por las normas vigentes le imponen y

se mantengan en esta situación hasta el momento de ser adquirido por el consumidor, única forma de que resulten protegidos los derechos de aquél (Del voto del Dr. Hornos).

3 - Al estar acreditada la materialidad de la infracción a la ley de lealtad comercial, la responsabilidad del comerciante no se desplaza por haber permitido individualizar fehacientemente a los responsables de haber suministrado la mercadería en tales condiciones objetadas, puesto que su obligación era controlar la mercadería y no colocarla en el comercio con las carencias e irregularidades evidenciadas, que tienen aptitud suficiente para perjudicar al consumidor (Del voto del Dr. Hornos).

4 - Corresponde confirmar la resolución del Director Nacional de Comercio Interior que sancionó a una firma por comercializar productos con los manuales de instrucción en idioma extranjero, pues no basta con que los manuales dispongan de gráficos explicativos, sino que es obligatorio que contengan la correspondiente traducción de las instrucciones de uso en idioma nacional (Del voto del Dr. Hornos).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art. 17

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala B (HORNOS - GRABIVKER - PIZZATELLI)

RICARCAS S.R.L. s/ Lealtad comercial

SENTENCIA, 48135 del 18 DE JULIO DE 2002

Sumario nro. K0023829

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR:ALCANCES-SANCIONES ADMINISTRATIVAS:CONFIGURACIÓN;REQUISITOS

Para que se configure la transgresión al deber de informar no se requiere la existencia de intencionalidad fraudulenta en el autor o un perjuicio concreto en el consumidor, de ese modo, la conducta desplegada por la recurrente constituye de por sí el elemento subjetivo requerido para la configuración de la infracción.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

“Banco Bansud S.A. c/ D.N.C.I. -Disp. 213/01 (Expte. 64-5930/98 yAC 64-5007/01).

SENTENCIA, 131343/02 del 18 DE NOVIEMBRE DE 2003

Sumario nro. K0023605

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-EMPRESA CONSTRUCTORA-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

La constructora denunciada no cumple con los deberes que le impone la ley 24.240, cuando no brinda desde el principio información completa acerca de la real situación dominial de la unidad que ofrece en venta —una cochera—. La falta de información impide que el comprador pueda conocer y asumir todas las características y consecuencias de la operación que se va a concertar. No interesa si la operación

puede o no ser jurídicamente viable. Lo que está en juego es la información que el vendedor tiene obligación de suministrar y el comprador derecho a recibir, a fin de que al momento de adquirir el bien tenga pleno conocimiento de las características esenciales del bien ofrecido (en este sentido Sala I, in re: "DelloOro & Vio Breton Propiedades c/Sec. de Comercio e Inversiones", del 1/10/97).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Garzón de Conte Grand, Herrera.)
"Cavi S.A. c/ SIC y T. GCBA Resol. 481/01".
SENTENCIA, 113501/02 del 28 DE AGOSTO DE 2003

Sumario nro. Q0015488

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

"La desinformación es la que coloca al consumidor como parte `débil`, tanto en el contrato o negocio que nos ocupa como en tanto otros, víctima fácil de las conductas agresivas y aprovechadoras, así como de las cláusulas abusivas. No es el `soberano del mercado`, sino el `súbdito encadenado` de las empresas que brindas bienes y servicios".

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT
Sala CIVIL (Fernando Nahuelanca Julio Alexandre EX)
G.M. y Otra c/ B. SA y Otro s/ Daños y Perjuicios
INTERLOCUTORIO, 0000000138 del 7 DE AGOSTO DE 2003

Sumario nro. F0024353

SUMARIO

ALIMENTOS TRANSGÉNICOS-ENVASES DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-POLÍTICA SANITARIA-PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

El legislador ya había tenido en cuenta al dictar la norma, los criterios de la UNION EUROPEA, que están actualizados al 22-09-03 según el informe del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO DE LA NACIÓN; entre ellos, el "principio de precaución" o "principio de cautela", incluyendo en sus fundamentos de la Ordenanza Nro. 1121.

"... Las principales críticas a la utilización de alimentos transgénicos son los posibles peligros para la salud humana, el daño al medio ambiente y sobre la condición no natural de la tecnología usada que permite hacer combinaciones no naturales de genes.

En Suiza, Austria y Luxemburgo se ha prohibido la comercialización de productos transgénicos. Los alimentos transgénicos, con nuevas combinaciones de genes son, según sus detractores, un riesgo potencial para la salud de consecuencias todavía imprevisibles. Las técnicas de biotecnología utilizan genes resistentes a antibióticos.

Para modificar el genoma de las plantas se utilizan genes que se quieren insertar y otros genes auxiliares. Algunos de estos genes auxiliares confieren resistencia frente a determinados antibióticos, para poder seleccionar las cédulas modificadas.

La Organización Mundial de la Salud viene evaluando los alimentos transgénicos desde 1990.- A pesar que se desconocen los riesgos de estos experimentos para la salud humana y para el medio ambiente, se ha generado consenso en que es deseable que los alimentos que contienen elementos transgénicos lleven un etiquetado que los explicita.

Considerando que el derecho a la información es un derecho de todo individuo, es necesario normar de manera de exigir un etiquetado identificatorio para que cada consumidor tenga posibilidad de elegir ...”.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-BALLADINI-SODERO NIEVAS (SEGÚN SU FUNDAMENTO: LUTZ: F0024347, F0024348, F0024349, F0024350, F0024351, F0024352, F0024353, F0024354, F0024355 Y F0024356) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0024357, F0024358, F0024359, F0024360, F0024361, F0024362, F0024363, F0024364, F0024365, F0024366, F0024367, F0024368, F0024369, F0024370, F0024371, F0024372, F0024373, F0024374, F0024375, F0024376, F0024377, F0024378, F0024379, F0024380, F0024381, F0024382, F0024383, F0024384, F0024385, F0024386, F0024387, F0024388, F0024389, F0024390, F0024391, F0024392 y F0024393))

B. S. A. s/ MANDAMUS

SENTENCIA, 0000000025 del 17 DE MARZO DE 2005

Sumario nro. Q0018175

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR-INDEMNIZACIÓN-DAÑO MATERIAL-DAÑO MORAL

Todo individuo que adquiere un bien o utiliza un servicio ha de ser considerado consumidor o usuario para el ejercicio individual de los derechos que la ley 24.240 establece, salvo prueba o presunción fundada en contrario, regulando el art. 4 de la ley DFC, el deber de información al consumidor o usuario sobre la naturaleza y demás características de los bienes y servicios que adquiere; esta obligación comprende otros deberes accesorios o secundarios que acompañan al cumplimiento. Se trata de los deberes de conducta, tales como los de actuar de buena fe, con la cooperación y diligencia debidas que dependen según sea la naturaleza de la obligación de que se trate.

Ahora bien, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de este deber de información, en el caso que ocasione daños puede acarrear la responsabilidad fijada en el art. 40 de la ley, que refiere al daño ocasionado al consumidor en sentido amplio; por lo que al usuario o consumidor le asiste el derecho a reclamar no sólo por el daño físico sufrido y por los perjuicios patrimoniales, sino también por el daño moral. Ello es así ya que las empresas prestatarias de servicios que se vinculan al usuario mediante contratos por adhesión a condiciones generales, también han de responder por el daño que causen, sin interesar la prueba de la culpa; esto permite captar en la actualidad el fenómeno de la unicidad de lo ilícito.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 4, Ley 24.240 Art. 40

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT

Sala B (Marta Susana Reynoso de Roberts Nélica Susana Melero Graciela Mercedes García Blanco)

C., R.E. c/ BANCO R. D. L. P. SA s/ Daño Moral

SENTENCIA, 23-C-06 del 10 DE MAYO DE 2006

Identificación SAIJ: K0025091

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

Es obligación de quien comercializa un producto arbitrar los medios necesarios para que se encuentre en las condiciones que por las normas vigentes se impone y se mantenga en esa situación hasta el momento de ser adquirida por el consumidor, única forma de que resulten protegidos los derechos de aquél.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 05 (Gallegos Fedriani, Moran.)

“Quilmes Gas SRL c/ DNCI-DISP 847/05 (Expte SO1:58636/06)”.

SENTENCIA del 28 DE FEBRERO DE 2007

XIX | Sanciones administrativas

Sumario nro. C2006486

TEMA

INFRACCIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Resulta procedente confirmar la multa impuesta a una empresa de medicina prepaga por aumentar en un 36 por ciento la cuota del afiliado en razón de la edad, toda vez que no existe constancia alguna que de cuenta de que la actora haya efectivamente brindado a la denunciante información oportuna, suficiente y detallada al respecto y no se desprende claramente del contrato suscripto por las partes que se hubiera acordado un aumento de la cuota a partir de los 61 años; sin perjuicio de ello, y aun en el supuesto en el que se pudiera considerar que al momento de suscribir el contrato el consumidor tuvo efectivo conocimiento de los posibles aumentos en la cuota del plan, ello no suple en modo alguno el deber específico que tiene la empresa de responder en forma clara, completa, detallada ante el reclamo iniciado por el usuario.

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Pablo César Mántaras - Carlos Francisco Balbín - Fabiana Haydee Schafrik)

Swiss Medical SA c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor

SENTENCIA del 31 DE MARZO DE 2021

Sumario nro. W0002827

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Resulta procedente confirmar la multa impuesta a un supermercado a raíz de la constatación efectiva de la falta de 68 productos incluidos en el programa precios cuidados, lo que configura una infracción al artículo 3 de la Ley 24.240, toda vez que la marca comercial de la empresa recurrente estaba incluida en el listado de comercios adheridos al sistema de precios cuidados, aspecto del cual no ha proporcionado ninguna prueba capaz de desvirtuar dicha inclusión.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.3

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SAN SALVADOR DE JUJUY, JUJUY

(José Manuel del Campo - Beatriz Elizabeth Altamirano - Sergio Marcelo Jeneffes.)

Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en Expte. N° C125.576/2018, recurso ley 5992/16 art. 27, Cencosud S.A. c/ Estado Provincial

SENTENCIA del 12 DE FEBRERO DE 2021

Sumario nro. C2006480

TEMA

INFRACCIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde confirmar la multa dispuesta por la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor contra una embotelladora de gaseosas por infracción al art. 5 de la Ley 24240 debido a la presencia del envoltorio plástico de un caramelo dentro de una botella comercializada, toda vez que la actora conoce que es posible la apertura y cierre de las tapas de las botellas que comercializa, sin dejar rastro alguno a simple vista, y sin embargo continúa utilizando el mismo proceso de producción que no logra revertir las conocidas circunstancias reseñadas que afectan la seguridad del bien comercializado, máxime cuando la empresa ni siquiera aportó pautas que permitan identificar quién fue dicho tercero, la forma en la que intervino, ni en qué momento lo hizo, entre otros aspectos, en definitiva propone tener por demostrada su mera conjetura.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.5

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 03 (Gabriela Seijas - Esteban Centanaro - Hugo Ricardo Zuleta)

Coca Cola FEMSA de Buenos Aires SA c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ Recurso directo sobre resoluciones de Defensa al Consumidor

SENTENCIA del 10 DE DICIEMBRE DE 2020

Sumario nro. C2006478

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde confirmar la multa impuesta por la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor a una línea aérea por publicitar pasajes sin informar su costo de manera detallada y precisa, en infracción a los arts. 2 y 22 de la Ley 4827 y 7 de la Ley 24240, toda vez que tanto el acta confeccionada como la captura de pantalla evidenciaron que el aviso publicitario de la empresa no exhibía el precio final a abonar por los vuelos ofrecidos, pues se indicaba que cada uno costaba nueve pesos (\$9) más tasas y cargos, sin expresar el monto a pagar por esos ítems o la suma total que aquello representaba y tampoco aclaraba las fechas de vigencia de lo ofrecido ni sus condiciones.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, LEY I - N° 4.827 Art.2, LEY I - N° 4.827 Art.22

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Mariana Diaz - Fabiana Haydee Schafrik - Carlos Francisco Balbin)

FB Líneas Aéreas SA c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ recurso directo s/resoluciones de

Sumario nro. K0029200

TEMA

MULTA (ADMINISTRATIVO)-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-TELEFONIA CELULAR-TRATO DIGNO

TEXTO

Confirma la multa impuesta a una empresa de telefonía celular por haber infringido los arts. 8 bis. y 19 de la Ley 24.240, referidos al incumplimiento en la prestación del servicio, al desplegar conductas contrarias al trato digno que merecen los usuarios, en el marco de una causa iniciada por medio de un reclamo iniciado por un usuario ante el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC), en el cual denunció que a pesar de haber cancelado la compra de un teléfono móvil, adquirido por la plataforma digital de la compañía, la empresa se lo continuó facturando y, ante la falta de pago del mismo, le suspendió las restantes líneas activas que el usuario poseía. La lesión al interés del consumidor puede surgir no solo del contenido de una cláusula contractual o del modo en que ella sea aplicada, sino también de comportamientos no descriptos en el contrato que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas reprobables. Asimismo, el consumidor que reclama ante el prestador de los servicios, es evidente que se encuentra en una situación de inferioridad, por lo que la normativa vigente tiende a resguardar a la parte más débil de esa relación, sin que se autorice a la prestadora del servicio que adopte y reitere una actitud indiferente frente a los sucesivos reclamos del usuario.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.8, Ley 24.240 Art.19

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 05 (Pablo Gallegos Frediani - Guillermo Pablo Treacy - Jorge Alemany)

Telecom c/ DNCI s/ defensa del consumidor - Ley 24240 - art. 45

SENTENCIA del 20 DE OCTUBRE DE 2020

Sumario nro. I0081420

TEMA

INFRACCIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde confirmar la sanción de multa impuesta por la Dirección Provincial de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial a una empresa embotelladora por introducir bebidas en el mercado carentes de rotulación identificatoria de lote y fecha de vencimiento, toda vez que la empresa incumplió con su deber de poner en el mercado alimentos en las condiciones de seguridad exigidas por el art. 5 de la Ley de Defensa del Consumidor y particularmente por el Reglamento Técnico MERCOSUR para Rotulación de Alimentos Envasados, pues se trata de infracciones formales al ordenamiento jurídico, que no requieren para su configuración y posterior sanción la verificación de riesgos o la producción de daños en la salud o integridad física de los consumidores, ni la acreditación de intención dañina o su ausencia en los proveedores, por ello su apreciación es objetiva y se configuran por la simple omisión de cumplir con la manda legal, incumplimiento que basta para tener por violada la ley.

FALLOS

CAMARA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO , PARANA, ENTRE RIOS

(MARCELO BARIDÓN - HUGO RUBÉN GONZALEZ ELIAS - GISELA N. SCHUMACHER)

Embotelladora Del Atlántico S.A. c/ Estado Provincial s/ contencioso administrativo-sumario

SENTENCIA del 14 DE AGOSTO DE 2020

Sumario nro. C2006476

TEMA

INFRACCIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde confirmar la multa impuesta a una entidad bancaria por la infracción al art. 46 de la Ley 24240 y al art. 17 de la Ley 757 de la Ciudad Autónoma de Bs. As. motivada en el incumplimiento del acuerdo conciliatorio por parte de la sumariada, de condonar la deuda reclamada, dar de baja y eliminar los registros del Veraz en el plazo de 20 días hábiles, de una cuenta corriente de la que la accionante no tenía conocimiento ni había aceptado su apertura, toda vez que no surge de las actuaciones constancia alguna de que el Banco, en el plazo acordado, haya condonado el saldo deudor existente en la cuenta corriente y procedido a su baja, así como tampoco se acredita la eliminación de los antecedentes de Veraz.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.46, LEY I - Nº 757 Art.17

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Carlos F. Balbín - Mariana Díaz - Fabiana H. Schafrik de Nuñez)

Banco Santander Rio SA c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ Recurso Directo s/ Resoluciones de Defensa al Consumidor

SENTENCIA del 10 DE SETIEMBRE DE 2020

Sumario nro. C2006470

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde confirmar la sanción impuesta por la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor por infracción a los arts. 46 de la Ley Nacional de Defensa al Consumidor y 17 de la Ley 757, a raíz del incumplimiento del acuerdo conciliatorio originado por el reclamo de un consumidor por la compra de una computadora que presentó mal funcionamiento, toda vez que los plazos pautados en dicha oportunidad forman parte integrante del objeto del acuerdo, y su inobservancia implica también la falta de cumplimiento del acuerdo conciliatorio.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.46, LEY I - Nº 757 Art.17

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Mariana Díaz - Fabiana Haydee Schafrik - Carlos Francisco Balbin)

Fravega S.A.C.I.E.I. c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor

SENTENCIA del 11 DE AGOSTO DE 2020

Sumario nro. D0303352

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SUPERMERCADO-CONTROL DE PRECIOS-MULTA

TEXTO

Corresponde confirmar la Disposición del Subsecretario de Comercio que resuelve multar al administrado, toda vez que constatada la diferencia entre el precio del producto puesto en la góndola y el superior

efectivamente facturado en línea de cajas, la infracción al artículo 9 de la ley 22.802 es incuestionable, por el claro engaño hacia el potencial consumidor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art.9

FALLOS

CAMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 03 (ANTELO - RECONDO)

Jumbo Retail Argentina SA c/ Estado Nacional s/ apel. de resolución administrativa

SENTENCIA del 5 DE FEBRERO DE 2020

Sumario nro. D0303355

TEMA

LEALTAD COMERCIAL-IDENTIFICACION DE MERCADERIAS-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-PESO NETO-MULTA

TEXTO

Debe confirmarse la multa aplicada por la Dirección Nacional de Comercio Interior a un supermercado, por infracción al art. 9 de la Ley 22.802, debido a las diferencias entre los pesos netos declarados de ciertos productos ofrecidos a la venta en las góndolas y aquellos que surgieron en el pesaje efectuado en la inspección realizada por el organismo, habida cuenta que, en este tipo de infracciones, el daño se concreta en el momento en que la falsa información sobre los pesos de los productos es exhibida en el canal de venta naturalmente destinado a los consumidores.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802

FALLOS

CAMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Alfredo Silverio Gusman - Eduardo Daniel Gottardi - Graciela Medina)

Cencosud S.A. s/ apel. de resolución administrativa

SENTENCIA del 28 DE FEBRERO DE 2020

Sumario nro. C2006428

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde confirmar la disposición del área de Defensa y Protección al Consumidor que impone una multa a la prestadora del servicio público de electricidad en respuesta a la denuncia de una usuaria que sufrió un corte de luz que se extendió por 60 horas y que no obtuvo respuesta satisfactoria de la prestataria, ni del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, toda vez que se trata de una relación de consumo en el marco de un servicio público domiciliario prestado en la Ciudad de Buenos Aires, que la denunciada incumplió los artículos 19 y 20 de la Ley de Defensa al Consumidor y que pudiendo controvertir los hechos al formular su descargo no lo hizo, sino que por el contrario reconoció la existencia de cortes en su presentación en sede administrativa, aunque sostuvo que la duración fue menor a la informada, no basando su defensa en la inexistencia del corte de suministro, sino en otros argumentos que no fueron acreditados.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.19 al 20

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES,
CIUDAD DE BUENOS AIRES
Sala 01 (Carlos F. Balbín - Mariana Díaz - Fabiana H. Schafrik de Nuñez)
Empresa Distribuidora Sur SA c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ recurso directo sobre resoluciones de Defensa al Consumidor
SENTENCIA del 7 DE OCTUBRE DE 2019

Identificación SAIJ : C2006396

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Corresponde confirmar la multa impuesta a un supermercado luego de una denuncia formulada ante el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, producto de las discrepancias de precios de productos entre la góndola y el efectivamente facturado en la línea de cajas, en detrimento del consumidor, toda vez que la presentación inexacta de precios acontecida, circunstancia que no fue desconocida por la recurrente, implica necesariamente la posibilidad de que un consumidor sea inducido a error, engaño o confusión en la adquisición de mercaderías, lo que claramente se enmarca en lo previsto por el artículo 9 de la Ley 22802

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art.9

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES
(Carlos Balbín - Esteban Centanaro - Mariana Díaz)
Jumbo Retail Argentina SA c/ GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor
SENTENCIA del 2 DE OCTUBRE DE 2018
Nro.Fallo: 18370037

Identificación SAIJ : A0078942

TEMA

RECURSO EXTRAORDINARIO-DESESTIMACION DEL RECURSO-EMPRESA DE SERVICIOS ELECTRICOS-MULTA CIVIL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INCONSTITUCIONALIDAD-PLANTEO EXTEMPORANEO

Corresponde desestimar el recurso extraordinario deducido por la empresa distribuidora del servicio de electricidad a la cual se le aplicó la multa civil prevista en el art. 52 de la Ley de Defensa del Consumidor, dado que no incluyó la impugnación de inconstitucionalidad de dicha norma en su escrito de contestación de demanda, habida cuenta que cabe aplicar al caso la doctrina del Tribunal según la cual si las argumentaciones del recurrente no fueron oportuna y suficientemente propuestas a los jueces de grado, ello impide su consideración en la instancia extraordinaria.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.52

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Lorenzetti - Highton de Nolasco - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Roldán, Silvia Beatriz Teresa c/ Edesur S.A. s/ daños y perjuicios

SENTENCIA del 3 DE OCTUBRE DE 2018
Nro.Fallo: 18000077

Identificación SAIJ : C2006399

TEMA

INFRACCIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Corresponde confirmar sanción de multa impuesta por el área de Defensa al Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a la proveedora de internet de la demandante por infracción al artículo 19 de la Ley 24.240, en virtud de que recibía un servicio de internet deficiente e intermitente, toda vez que el recurrente no logró demostrar haber observado las modalidades de prestación del servicio a las cuales se obligó ni tampoco acreditó la existencia de un factor externo que le haya impedido cumplir, es decir que no demostró haber dado cumplimiento a las condiciones contratadas por el consumidor, lo cual conduce a tener por configurada la infracción por la cual fue sancionado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.19

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES
Sala 02 (Esteban Centanaro - Mariana Díaz - Carlos Balbín)
Cablevisión SA c/ GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor
SENTENCIA del 4 DE OCTUBRE DE 2018
Nro.Fallo: 18370040

Identificación SAIJ : C2006380

TEMA

INFORMACION AL CONSUMIDOR

Corresponde rechazar el recurso interpuesto por una empresa de comercio electrónico contra la multa dispuesta por la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor por infracción al artículo 4° de la ley 24.240, originada en la demanda de una usuaria que compró 100 sandwiches de miga a un vendedor del sitio, que nunca se los entregó, toda vez que la demandada interviene, y por ende es responsable, desde el mismo momento en que, creando apariencias, logra atraer para sí la confianza de sus clientes, confianza que constituye la fuente primaria de sus obligaciones y también de sus ganancias.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.4

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES
Sala 01 (Mariana Díaz - Carlos F. Balbín - Fabiana H. Schafrik de Nuñez)
Mercado Libre SRL c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor s/ Recurso Directo sobre Resoluciones de Defensa al Consumidor
SENTENCIA del 11 DE JUNIO DE 2018
Nro.Fallo: 18370022

Identificación SAIJ : C2006379

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Corresponde ratificar la disposición de la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor que multó con una suma de 100 mil pesos a una compañía de telefonía celular por no entregar dos celulares de promoción en tiempo y forma, infringiendo los artículos 4, 8 y 10 bis de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, pues la empresa de servicios de telefonía celular no logró justificar la imposibilidad de cumplimiento de la obligación asumida, ni demostró haber brindado la información suficiente y veraz a la damnificada.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.8, Ley 24.240 Art.10 Bis

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 02 (Esteban Centanaro - Mariana Díaz - Carlos F. Balbín)

Telefónica Móviles Argentina SA c/ GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de Defensa al Consumidor

SENTENCIA del 12 DE JUNIO DE 2018

Nro.Fallo: 18370020

Identificación SAIJ : S0009713

TEMA

INFRACCIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Corresponde confirmar la sanción de multa impuesta y la publicación ordenada en el Diario el Tribuno de una síntesis de los hechos, el tipo de infracción y la sanción aplicada a la empresa administradora de un cementerio privado por la Secretaría de Defensa del Consumidor por infracción al art. 8 bis de la ley 24.240, toda vez 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 deudos de las personas cuyos restos fueron inhumados en ese lugar.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.8 Bis

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SALTA, SALTA

Sala 04 (Ruiz - Romero Lorenzo)

Recurso de Apelación Directa interpuesto por EL MIRADOR S.A. (Cementerio de la Divina Misericordia) en autos SEDECON vs. Cementerio de la Divina Misericordia - Expte. N° 231-80190/16

SENTENCIA del 30 DE OCTUBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17170018

Identificación SAIJ : K0029094

TEMA

MULTA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-UNIVERSIDADES PRIVADAS-INFORMACION AL CONSUMIDOR-SOPORTES MAGNETICOS

Debe confirmarse la multa aplicada, por infracción a la Ley de Defensa del Consumidor, a una universidad privada por no suministrar con anterioridad al 15 de febrero de 2015 y de 2016, en papel y en soporte magnético, el valor de las cuotas por la prestación de sus servicios durante el año lectivo, dado que en su descargo admitió el incumplimiento de dicha formalidad y manifestó haber remitido los datos mediante un correo electrónico, supliendo posteriormente la omisión incurrida y formalizando la presentación en los soportes requeridos. En consecuencia, la recurrente admitió plenamente desde el comienzo la falta cometida y sabía fehacientemente que la información se debía presentar en el formato solicitado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL ,
CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Duffy - Moran - Vincenti)

Asociación Civil Universidad Argentina John F. Kennedy s/ D.N.C.I.

SENTENCIA del 27 DE JUNIO DE 2017

Nro.Fallo: 17100008

Identificación SAIJ : C2006271

TEMA

INFRACCIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Corresponde rechazar el recurso directo deducido por la demandada contra la resolución que le impuso una multa por infracción a la ley de defensa del consumidor originada en la denuncia de una consumidora que luego de reclamar por la falta de entrega de las facturas del servicio de telefonía, procedió a pagar los cargos correspondientes y manifestó su voluntad de dar de baja el servicio, recibiendo como respuesta una nota indicándole que no podría dar de baja el servicio hasta que no abonase una suma en concepto de cancelación de la línea, bajo el argumento de que no había cumplido con el plazo mínimo de permanencia de seis meses, toda vez que de la compulsa del expediente, se puede colegir que la accionada no sólo no procesó la baja solicitada sino que siguió facturando por un servicio que la consumidora no quería seguir utilizando, quedando probadas las condiciones abusivas a las que fue sometida la consumidora al momento de solicitar la baja, por habersele exigido en forma previa la cancelación de todo cargo pendiente que tuviera con la firma denunciada.

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Schafrik de Nuñez - Díaz)

AMX Argentina S.A. c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ Recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor

SENTENCIA del 23 DE AGOSTO DE 2017

Nro.Fallo: 17370021

Identificación SAIJ : B0960347

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PROGRAMA CREDITO ARGENTINO DEL BICENTENARIO PARA LA VIVIENDA UNICA FAMILIAR

Corresponde imponer una sanción de multa de \$ 1.000.000 al Banco Hipotecario S.A. por haber dado de baja un préstamo PRO.CRE.AR luego de comunicar su aprobación y entregado un anticipo sin respetar las condiciones contractuales preacordadas de la operación, en infracción a los artículos 4 y 10 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, toda vez que ha quedado demostrado que el banco brindó información inexacta, e incluso contradictoria, a la denunciante desde el mismo momento del inicio del vínculo entre las partes, siendo necesario resaltar que la trascendencia social de la actividad desarrollada por la entidad bancaria debe llamar la atención sobre los delicados intereses en juego que giran en torno a la cuestión, los que impiden que se conduzca con la frialdad propia del mundo de los negocios.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.10 Bis

FALLOS

JUZGADO DE FALTAS Nro 2 , LA PLATA, BUENOS AIRES
(Rusconi)

XXXX s/ Denuncia c/ Banco Hipotecario La Plata

SENTENCIA del 8 DE MARZO DE 2017

Nro.Fallo: 17010013

Identificación SAIJ : R0022309

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Corresponde imponer a una empresa de servicio de clasificados a través de un portal de internet, la sanción de multa prevista en el art. 47 inc. b) de la ley de defensa del consumidor, luego de que una consumidora comprara a través de la página web de la demandada un par de zapatillas, y recibiera unas usadas y en caja de otra marca, toda vez que resulta innegable que quien pone a disposición de vendedores y compradores un sitio web, cobra por publicitar y por la concreción de la operación, deviene responsable en los términos del estatuto consumeril, pues en efecto se trata de una situación de conexidad contractual, donde los intervinientes asumen una garantía solidaria para con la damnificada.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.47

FALLOS

CAMARA 4ta DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA
(FERNÁNDEZ - GONZÁLEZ DE LA VEGA)

Mercado Libre S.R.L. c/ Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial s/ Rec.

Apel. c/ decisiones autoridad adm. o pers. jurídica pub. no estatal (civil)

SENTENCIA del 29 DE DICIEMBRE DE 2016

Nro.Fallo: 16160025

Identificación SAIJ : C2006293

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Corresponde confirmar la disposición de la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que impuso una multa a una empresa de transporte de mercaderías, por no haber informado al consumidor que el sofá adquirido no sería ingresado a su departamento y por haber entregado un producto que cuyas características diferían de lo convenido, toda vez que la empresa no acompañó prueba que permita concluir que el consumidor se encontraba debidamente informado acerca de las limitadas condiciones del servicio, las que por otra parte no eran de lógica deducción, pues tratándose de un sofá cama, lo que debía ser transportado, generalmente va de suyo que será llevado hasta lugar indicado por quien solicita el servicio.

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES
Sala 02 (SCHAFRIK DE NUÑEZ - CENTANARO - LIMA)
EXPRESO TROLE SRL c/ GCBA SOBRE RECURSO DIRECTO s/ RESOLUCIONES DE DEFENSA AL CONSUMIDOR
SENTENCIA del 14 DE ABRIL DE 2016
Nro.Fallo: 16370005

Identificación SAIJ : C2006186

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-MULTA-INTERRUPCION DEL SERVICIO

Debe confirmarse la sanción impuesta por la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor a una empresa de telefonía móvil -multa de 15.000 pesos- por haber interrumpido la prestación del servicio de telefonía móvil intempestivamente y sin brindar los motivos del corte al usuario, ya que si bien la empresa acompaña documentación interna en la que se detallan diversos contactos telefónicos con el denunciante relativos al cambio del equipo y la baja de la línea, la prueba aportada no es suficiente para acreditar que se ha brindado la información requerida en forma eficaz y suficiente en los términos del artículo 4° de la ley 24.240, pues la copia de los términos y condiciones acompañada se encuentra en blanco, y no surge de allí que la información le haya sido proporcionada.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES
Sala 03 (Seijas - Zuleta - Centanaro)
Telefonía Móviles Argentina S.A. c/ G.C.B.A. y Otros s/ Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones
SENTENCIA del 30 DE ABRIL DE 2015
Nro.Fallo: 15370018

Identificación SAIJ : Q0000771

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-CONTROL DE PRECIOS-FACULTADES DE LOS JUECES

No puede revisarse el acierto o error del programa de precios cuidados o de los disuasivos pergeñados (multas) para su cumplimiento, puesto que

tratándose de "un sistema de administración de precios para productos de consumo masivo consistente con los lineamientos seguidos por el Gobierno Nacional" (Considerando de la Resolución n° 20/2014-S.C.), involucra cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia cuya regulación compete a la Secretaría de Comercio de la Nación, en tanto autoridad de aplicación de la Ley 24.240. Y frente a ello, cabe recordar que una de las tareas más importantes que incumbe al Poder Judicial es la de saber mantenerse en el quicio de su jurisdicción, sin invadir ni menoscabar las funciones que corresponde a los otros poderes o jurisdicciones.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES , TRELEW, CHUBUT

Sala A (López Mesa - Velázquez - Spoturno)

Oficina de Defensa del Consumidor c/ Wal-Mart Argentina SRL. s/ Presunta infracción ley N° 24.240

SENTENCIA del 11 DE JULIO DE 2014

Nro.Fallo: 14150005

Identificación SAIJ : Q0000770

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-CONTROL DE PRECIOS

Debe confirmarse la multa impuesta por la Oficina de Defensa del Consumidor municipal a un hipermercado por infracción al art. 7 de la LDC al no tener a la venta la totalidad de los productos incluidos dentro del convenio de precios cuidados, pues no es de recibo el argumento referente a que el mero faltante temporario y circunstancial de algunos productos no constituye una violación a la ley consumeril, ya que el sistema de precios cuidados está regulado por las resoluciones 2/14 y 20/14 de la Secretaría de Comercio, y en dicho marco se previó que ante la falta de previsión suficiente de alguno de los productos, la empresa debía notificar en forma inmediata y fehaciente a dicha Secretaría, de modo tal que ésta pudiera verificar la circunstancia y disponer eximir al supermercado de las obligaciones del programa acordado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.7

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES , TRELEW, CHUBUT

Sala A (López Mesa - Velázquez - Spoturno)

Oficina de Defensa del Consumidor c/ Wal-Mart Argentina SRL. s/ Presunta infracción ley N° 24.240

SENTENCIA del 11 DE JULIO DE 2014

Nro.Fallo: 14150005

Identificación SAIJ : V0106905

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

Corresponde confirmar la resolución de la Dirección de Comercio Interior que impuso una sanción de multa a una empresa de telefonía por

incumplimiento de acuerdo conciliatorio en el marco de un procedimiento administrativo establecido por la Ley Nacional N° 24.240 de Defensa del Consumidor, resultando adecuada la lógica sentencial, toda vez que la empresa demandada no solo no negó los reclamos efectuados por la usuaria, sino que no aportó prueba conducente para demostrar el debido cumplimiento del acuerdo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SAN MIGUEL DE TUCUMAN, TUCUMAN
Sala CIVIL Y PENAL (Gandur - Estofán - Posse)
Telecom Argentina S.A. c/ Mendez, Isabel de los Angeles s/ Recurso de Casación
SENTENCIA del 22 DE JULIO DE 2014
Nro.Fallo: 14240019

.....

Identificación SAIJ: A0070364

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-EMERGENCIA ECONOMICA-PESIFICACION-SANCIONES
PECUNIARIAS-PRENDA-SENTENCIA ARBITRARIA-APARTAMIENTO DE LAS CONSTANCIAS DE
LA CAUSA-DEFECTOS EN LA FUNDAMENTACION NORMATIVA

Cabe descalificar por arbitrariedad, la sentencia recaída a los fines de sostener la sanción pecuniaria impuesta a la recurrente en el marco de un contrato de prenda, por infracción al artículo 19 de la ley 24.240, si no encuentra debido sustento en las circunstancias comprobadas de la causa, no tiene en cuenta la normativa vigente al tiempo de la celebración del contrato y omite expedirse sobre si el accionar del acreedor se ajustó a las previsiones del artículo 11 de la ley 25.561. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 19, LEY 25.561 Art. 11

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL
(Mayoría: Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni Disidencia: Lorenzetti, Fayt, Argibay)
Yatchesen, Roberto O. c/ Amarilla Automotores s/ presunta infracción a la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.
SENTENCIA del 26 DE FEBRERO DE 2008

.....

Sumario nro. K0024291

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SANCIONES ADMINISTRATIVAS

La publicación imperativa contenida en el último párrafo del art. 47 de la ley 24.240 constituye una sanción accesoria insoslayable a aplicar, cualquiera fuere la sanción condenatoria principal y con prescindencia de la levedad o gravedad de la infracción cometida y sancionada, ya que de no ser así,

el legislador hubiera incluido a la publicación como un inciso más de los enumerados en dicho artículo, convirtiéndola de ese modo en una sanción posible a aplicar, junta o independientemente con las demás (C.S.J.N. "Banco Bansud", del 30/5/01, Fallos: 324: 1740) (Cons. VIII).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Grecco, Argentó.)

"La Equitativa del Plata SA de Seguros c/ DNIC -Disp 752/03(Expte 4618818/00)".

SENTENCIA, 39506/03 del 4 DE OCTUBRE DE 2004

Sumario nro. K0023857

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR: ALCANCES; OBJETO-SANCIONES ADMINISTRATIVAS

En la ley 24.240 se estableció un sistema de protección al consumidor de bienes y servicios para que contrate en condiciones equitativas, sin padecer abusos por parte del empresario o profesional y cuyo incumplimiento trae aparejadas las sanciones establecidas en su art. 47.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 47

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

"Banco Francés S.A. c/ DNCI -Disp. 135/02 (expte. 607-001450/98)".

SENTENCIA, 4183/03 del 27 DE NOVIEMBRE DE 2003

Sumario nro. K0023858

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SANCIONES ADMINISTRATIVAS: REQUISITOS; CONFIGURACIÓN

En el régimen de la ley 24.240, la comprobación fáctica del incumplimiento hace nacer de por sí la responsabilidad del infractor, ello es así por cuanto, para que se configure la transgresión no se requiere la existencia de intencionalidad fraudulenta en su autor, bastando el mero incumplimiento en que incurrió, que implica de por sí el elemento subjetivo requerido para la configuración de la infracción.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 47

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

"Banco Francés S.A. c/ DNCI -Disp. 135/02 (expte. 607-001450/98)".

SENTENCIA, 4183/03 del 27 DE NOVIEMBRE DE 2003

Sumario nro. K0023252

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-RECURSO DIRECTO: ALCANCES-SANCIONES ADMINISTRATIVAS

El art. 45 de la ley 24.240 instituye un recurso directo de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, contra los actos administrativos que impongan algunas de las sanciones que prevé el art. 47 de la ley citada, quedando fuera del ámbito de su conocimiento toda otra decisión adoptada durante el procedimiento, ya que excede el marco legal del recurso instituido por el mencionado art. 45.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 45, Ley 24.240 Art. 47

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Mordeglia, Argento.)

Caja de Seguros S.A. -RQU c/ Dirección Gral. De Defensa y protección al consumidor

SENTENCIA, 22.237 del 11 DE MARZO DE 2002

Sumario nro. K0023250

SUMARIO

FACULTADES DE LA ADMINISTRACION-FACULTADES DISCRECIONALES-REVISION JUDICIAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-SANCIONES ADMINISTRATIVAS

La graduación de las sanciones pertenece, en principio, al ámbito de las facultades discrecionales de la autoridad administrativa, siendo revisables por la justicia en los supuestos de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta (esta Sala, in re "Bunge Guerrico", del 3/5/84; "Banco Internacional", ED. 112:174; "Deneal S.A.", del 2/10/88; y "Banco Delta", JA. 5/3/92).

***LEY C 024.240 1993 09 22 0004 000 0000 000

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Argenti, Uslenghi.)

Sprayette S.A c/ SIC y M. (Disp. DNC. 462/00) (Expte. 64-01194/97)

SENTENCIA, 25.019 del 29 DE MARZO DE 2001

Sumario nro. K0023251

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-SANCIONES ADMINISTRATIVAS-FACULTADES DEL JUEZ

Es con la sanción impuesta por la Secretaría de comercio Interior por infracción a una norma de la ley 24.240 —que puede producir una lesión en los derechos subjetivos del encartado— que queda éste facultado a pedir la protección jurisdiccional del Estado, y habilitados los jueces de la Nación para valorar si se han respetado durante la sustanciación del sumario los principios y procedimientos

previstos en la reglamentación vigente y, por ende, si la sanción ha sido aplicada de acuerdo a derecho.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 45

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

Caja de Seguros S.A. -RQU c/ Dir.Gral. de Defensa y Protección al Consumidor

SENTENCIA, 26.589 del 9 DE ABRIL DE 2002

Sumario nro. A0057750

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-SANCIONES ADMINISTRATIVAS-PUBLICACIÓN DE LA SANCIÓN-GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

La facultad que le asiste a la autoridad de aplicación de graduar las sanciones de acuerdo a los antecedentes del infractor y de las circunstancias del caso según el art. 49 de la ley 24.240 se limita a la facultad de aplicar, en forma conjunta o independiente, cualesquiera de las sanciones enumeradas en cada uno de los incisos del art. 47, mas dicha facultad no alcanza al último párrafo del mencionado precepto, el cual determina de manera imperativa que la resolución condenatoria deber publicarse en el diario de mayor circulación del lugar donde la infracción se hubiera cometido, a costa del infractor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 47, Ley 24.240 Art. 49

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Mayoría: Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Bossert, Vázquez.

Abstención: Nazareno, Fayt.)

Banco Bansud S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones. s/ Disposición 1242/98.

SENTENCIA del 30 DE MAYO DE 2001

Sumario nro. A0057751

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-SANCIONES ADMINISTRATIVAS-PUBLICACIÓN DE LA SANCIÓN

La publicación imperativa contenida en el último párrafo del art. 47 de la ley 24.240 constituye una sanción accesoria insoslayable a aplicar, cualquiera fuere la sanción condenatoria principal y con prescindencia de la levedad o gravedad de la infracción cometida y sancionada, ya que de no ser así, el legislador hubiera incluido a la publicación como un inciso más de los enumerados en dicho artículo, convirtiéndola de ese modo en una sanción posible a aplicar, junta o independientemente con las demás.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 47

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Mayoría: Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Bossert, Vázquez.
Abstención: Nazareno, Fayt.)

Banco Bansud S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones. s/ Disposición 1242/98.

SENTENCIA del 30 DE MAYO DE 2001

Sumario nro. T0005104

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-LEY PENAL EN BLANCO-PRINCIPIO DE RESERVA-SANCIONES ADMINISTRATIVAS-ELEMENTO SUBJETIVO-BIEN JURÍDICO PROTEGIDO-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

1 - No existe contradicción entre la disposición sancionatoria de la Secretaria de Comercio recurrida, e inconstitucionalidad del decreto 1153/97, pues la Ley de Lealtad Comercial es de las que en doctrina se conocen como “ leyes penales en blanco”, lo cual supone la integración de los tipos con disposiciones administrativas, lo cual no afecta el principio de reserva en tanto haya siempre una ley previa.

2 - La ley citada 22.802 establece sanciones, dejando incompleta la prohibición, por lo que su contenido debe ser completado por otro organismo, no siendo inconstitucional el hecho de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la promoción —entre otras cosas— de un concurso (Del voto del Dr. Repetto).

3 - Está prohibido realizar concursos cuando la participación se encuentra condicionada total o parcialmente a la adquisición de un producto o servicio (cf. art. 10, inc. b, ley mencionada) y en su consecuencia, la disposición del decreto cuestionado referida a la obligación de difundir mensajes publicitarios que incluyan las expresiones “sin obligación de compra” y “consulte en los locales de venta” en forma destacada y fácilmente visible y/o audible para el consumidor contiene las características y circunstancias necesarias para el eficaz cumplimiento de la ley (Del voto del Dr. Repetto).

4 - La doctrina de la bagatela o insignificancia esgrimida por la sancionada, no puede aplicarse a estos casos de naturaleza infraccional, en virtud de que aunque la falta cometida pueda parecer mínima, lo verdaderamente importante es el ordenamiento de la actividad comercial, la defensa de los derechos de los potenciales consumidores y la protección de los comerciantes cumplidores de la competencia leal. Por ello, de aplicarse tal doctrina, el acatamiento de las disposiciones de la Ley de Lealtad Comercial se tornaría utópico al eximirse, a los imputados, del incumplimiento de la medida correctiva pertinente que para estos casos es la multa (Del voto del Dr. Repetto).

5 - Las infracciones a la Ley de Lealtad Comercial deben entenderse como hechos de naturaleza culposa, que no resultan desincriminados por errores que de todas maneras suponen una omisión del deber del cuidado que incumbe a todo comerciante (Del voto del Dr. Repetto).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art. 10, Ley 22.802, Decreto Nacional 1.153/97

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala A (HENDLER - REPETTO)

MINIPHONE S.A. s/ Lealtad comercial

SENTENCIA, 47304 del 2 DE NOVIEMBRE DE 2001

Sumario nro. K0023223

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CONTRATO DE PRESTACIONES MÉDICAS-MEDICINA PREPAGA -SANCIONES ADMINISTRATIVAS-MULTA

Debe sancionarse con multa, en los términos del art. 19 de la ley 24.240, a una empresa de medicina prepaga que incumple las prestaciones obligatorias que le impone la ley 24.754 al no brindar al consumidor la cobertura de un estudio para un pretransplante.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 19, Ley 24.754

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 05 (Grecco, Gallegos Fedriani, Otero.)

Total Médica S.A c/ SIC Y M -Disp. 31/VIII/00

SENTENCIA, 29.634 del 26 DE AGOSTO DE 2002

Sumario nro. T0005287

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-IDENTIFICACIÓN DE MERCADERÍAS-SANCIONES ADMINISTRATIVAS-MULTA: IMPROCEDENCIA-ACTA DE VERIFICACIÓN-CARGA DE LA PRUEBA

Corresponde revocar la resolución de la Secretaría de Comercio e Inversiones del Ministerio de Economía, que impuso multa a la fabricante de un producto, por infracción al art. 19 de la Res. 100/83, reglamentaria de la Ley de Lealtad Comercial, por carecer del respectivo manual de instrucciones en idioma castellano, pues si bien reconoció haberle vendido al supermercado donde se constató la infracción el producto cuestionado, se agravia sosteniendo que sus productos siempre llevan el manual de instrucciones de uso en español y en inglés y que en esas condiciones son entregados a los canales de comercialización, haciendo hincapié en que cuando realizó la inspección en sus depósitos se comprobó que todos los productos contaban con su correspondiente manual de instrucciones en idioma nacional, y el acta labrada en la sede del supermercado no tiene para el fabricante el valor probatorio de cargo a que se refiere el art. 17, inc. d), de la ley 22.802, o sea, no constituye prueba suficiente de que la transgresión sea responsabilidad también del proveedor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art. 17

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL
Sala A (HENDLER - REPETTO)

SONY ARGENTINA S.A. s/ Lealtad comercial

SENTENCIA, 48137 del 30 DE MAYO DE 2002

Sumario nro. T0005362

SUMARIO

CUESTIONES DE COMPETENCIA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SANCIONES ADMINISTRATIVAS-TRIBUNAL DE ALZADA-FUERO EN LO PENAL ECONÓMICO: IMPROCEDENCIA FEDERAL - INCOMPETENCIA DEL FUERO EN LO PENAL ECONÓMICO. Resulta ajena a la competencia del Fuero en lo Penal Económico el tratamiento de los recursos de apelaciones contra resoluciones dictadas por infracción a la ley de defensa del consumidor, pues por el art. 45 de dicha ley se establece que contra los actos administrativos que dispongan sanciones se podrá recurrir por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o ante las cámaras federales de apelaciones con asiento en las provincias.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONÓMICO, CAPITAL FEDERAL
Sala B (GRABIVKER - PIZZATELLI)
CARREFOUR ARGENTINA S.A. s/ Lealtad Comercial
SENTENCIA, 48683 del 14 DE AGOSTO DE 2002

Sumario nro. K0024259

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SERVICIO TÉCNICO-APERCIBIMIENTO (ADMINISTRATIVO)

Debe confirmarse la sanción de apercibimiento impuesta por la Dirección Nacional de Comercio Interior a la firma por infracción al art. 12 de la ley 24.240 por no haber suministrado un servicio técnico adecuado toda vez que el bien adquirido una videgrabadora evidencia deficiencias de fabricación, las que fueron reparadas un año después de la fecha en que el producto fue entregado para su reparación.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 12

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Argento, Grecco.)
"AUDINAC SA c/ DNCI -DISP 1888/03 (EXP 85190/02)".
SENTENCIA, 14986/03 del 5 DE OCTUBRE DE 2004

Sumario nro. Q0015849

SUMARIO

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-SANCIONES ADMINISTRATIVAS-PUBLICACIÓN DE LA SANCIÓN

El sentido del artículo 47 "*in fine*" de la ley de defensa del consumidor es claro, porque la infracción a la ley, más allá del peligro potencial que implica para los consumidores que concurrieran al comercio en la oportunidad, afecta también a un interés colectivo o difuso que interesa a toda la comunidad como tal y que merece ser conocido.

Por lo demás, está en consonancia con otras disposiciones de la ley, sobre todo con la del artículo 61 de "formación del consumidor". Se ha dicho, respecto a este punto, que la eficiencia de una ley tiene que ver con el marco sociocultural, pero también se vincula con la difusión de sus prerrogativas, derechos y deberes, con los organismos de aplicación y con el alerta a los consumidores.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 47

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, TRELEW, CHUBUT
Sala CIVIL (Hipólito Giménez Sergio Lucero AC)
Dirección Defensa del Consumidor c/ S. "E.F" s/ Contencioso Administrativo
SENTENCIA, 0000000025 del 8 DE OCTUBRE DE 2003

Sumario nro. K0024292

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SANCIONES ADMINISTRATIVAS-REVISION JUDICIAL: ALCANCES
La graduación de la pena pertenece al ámbito de facultades propias de la autoridad administrativa y sólo es revisable por la justicia en los supuestos de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta (Cons. IX).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Grecco, Argentó.)
"La Equitativa del Plata SA de Seguros c/ DNIC -Disp 752/03(Expte 4618818/00)".
SENTENCIA, 39506/03 del 4 DE OCTUBRE DE 2004

Sumario nro. N0011718

SUMARIO

CONCURSOS - FUERO DE ATRACCION: ALCANCES - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - MULTA
(ADMINISTRATIVO) - PROCESO PENAL: IMPROCEDENCIA

El fuero de atracción del concurso preventivo rige exclusivamente para los juicios de contenido patrimonial y de índole civil o comercial, y no para los de naturaleza penal. Siendo ello así, no cabe hacerlo efectivo para atraer el juzgamiento del recurso impuesto contra la multa establecida por la autoridad administrativa de aplicación de la ley de defensa del consumidor 24.240, a una compañía aseguradora concursada que omitió cumplir con un acuerdo conciliatorio debidamente homologado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL ()
LA SUDAMERICANA C.I.S.A. c/ SECRETARIA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y MINERÍA. (JA 30.5.01)
SENTENCIA del 31 DE OCTUBRE DE 2000

Sumario nro. T0005734

SUMARIO

MULTA-LEALTAD COMERCIAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

No resta responsabilidad en el hecho cuestionado (haber publicado un aviso mediante el cual se ofrecía un servicio, indicando un valor y omitiendo incluir la tasa de embarque e impuestos) que la tarifa publicada estuviera sujeta a aprobación gubernamental y que se haya indicado que la misma no incluía tasas e impuestos, toda vez que ello es, justamente, lo que la Ley de Lealtad Comercial tiene como

uno de sus objetivos: evitar que el consumidor deba hacer cálculos matemáticos, por más simples que ellos fueren, debiendo conocer en forma inmediata cuál es el monto que deberá desembolsar por la adquisición de un bien o servicio determinado, así como también permitir una rápida comparación entre los valores de otros oferentes de plaza (Del voto del Dr. Repetto).-

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala A (REPETTO-BONZON.)

VARIG S.A. s/ Lealtad Comercial.

SENTENCIA, 336/2005 del 3 DE JUNIO DE 2005

Identificación SAIJ: K0025090

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-MULTA

Debe sancionarse con multa, por violación al art. 5 de la ley de Defensa del Consumidor a una empresa de garrafas que tiene para la venta garrafas que se encuentran fuera del período de aptitud que establece la resolución 148/01 de la Secretaría de Energía y Minería.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 5

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 05 (Gallegos Fedriani, Moran.)

“Quilmes Gas SRL c/ DNCI-DISP 847/05 (Expte SO1:58636/06)”.

SENTENCIA del 28 DE FEBRERO DE 2007

XX | Marcas

Identificación SAIJ: D0013746

SUMARIO

MARCAS-MARCAS CONFUNDIBLES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-LEALTAD COMERCIAL

Cuando se trata de cotejar marcas enfrentadas en la clase 5 del nomenclador, no corresponde aplicar un criterio particularmente restrictivo (esta Sala, causa n° 36.089/95 del 23/9/97, entre muchas) ni ceñirse a pautas rígidas, sino atender a las particularidades concretas de la especie siguiendo un razonamiento circunstanciado respecto del conjunto de aspectos relevantes de la causa (esta Sala, causa n° 5116/93 del 5/9/96; causa n° 15.320/03 del 3/3/09; causa n° 1961/06 del 25/3/2010, entre otras). Ello no significa soslayar que los signos que pretenden la tutela de la ley de marcas deben hallarse dotados de capacidad distintiva y que deben ser distinguibles y de fácil diferenciación, tanto por la protección del público consumidor como de las prácticas mercantiles sanas (confr. Fallos 272: 290; 279: 150 y muchos otros).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Dra. María Susana Najurieta - Dr. Martín Diego Farrell - Dr. Francisco de las Carreras.)

SENTENCIA del 22 DE FEBRERO DE 2011

Identificación SAIJ: D0013307

SUMARIO

MARCAS-COMERCIALIZACION-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DOCTRINA

El propósito de la ley es evitar la existencia de marcas errantes, si se me permite la expresión, y especulativas. Lo que se quiere es encauzar el derecho en esta materia por la senda de la industria o el comercio lícitos, ejercidos en forma real. Sólo de ese modo las palabras, siglas, imágenes, bandas, combinaciones de colores y los dibujos, emblemas, monogramas, cumplirán con el propósito de distinguir un producto o servicio de otros. Marca y actividad comercial se explican recíprocamente sin necesidad de mayores comentarios. Es lógico que quien busca el modo de individualizar el producto que vende o el servicio que presta desarrolle proyectos, releve estadísticas, compare mercados, examine las costumbres y el perfil del público consumidor, todo ello, para dar con el signo indicado, el cual constituirá su "capital estratégico esencial" (Wilensky, Alberto L. "La Promesa de la Marca"; Temas Grupo Editorial S.R.L.; 4ta. Edición, págs. 19 y ss). Igualmente lógico es que quien lo encuentra desarrolle la comercialización que le permitirá afianzar ese producto o servicio dentro del mercado que le es propio, motivando que el público consumidor lo asocie con el signo registrado. Si se dan estas condiciones, habrá un prestigio, una marca y un público consumidor que defender de posibles confusiones con otros signos similares. De lo contrario, no.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 03 (Dr. Guillermo Alberto Antelo - Dr. Ricardo Gustavo Recondo.)

NETWORK BEAUTY & FASHION COSMETICA LTDA. c/ COMPAÑIA GENERAL DEMARCAS SA s/ cese de oposición al registro de marca.

SENTENCIA del 27 DE MARZO DE 2008

Identificación SAIJ: D0134767

SUMARIO

MARCAS-MARCAS CONFUNDIBLES-COTEJO DE MARCAS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El tema central del litigio es el riesgo de confusión desde la óptica de la tutela del público consumidor y los efectos en un ámbito que excede el marco de las repercusiones comerciales y pueden acarrear consecuencias vitalmente nocivas (esta Sala, causa nº 559 "Merck y Co. c/Laboratorios Dallas S.A." del 7/11/89, entre otras). Las marcas enfrentadas tienen similitud en los planos gráfico y fonético. Son palabras que constan de ocho letras, que componen tres sílabas, con idéntica entonación e idéntica terminación en "LIUM". Es cierto que se ha demostrado que se trata de una desinencia de uso común en la clase 5, sin embargo ello no obsta al efecto sonoro del conjunto. En el caso, la desinencia se ha tornado un elemento débil, que no sería susceptible de monopolio en forma aislada, pero del que no cabe prescindir en el cotejo global de los signos. La única consonante diferente es la "N" en el signo de la actora y la "B" en la marca de la demandada, letra que se ubica, en cada caso, en el centro de la palabra, lo que le resta importancia en el plano eufónico, donde predomina el sonido inicial de la "S" y la terminación coparticipada.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (Dra. María Susana Najurieta - Dr. Martín Diego Farrell.)

GADOR S.A. c/ JANSSEN PHARMACEUTICA NV s/ CESE DE OPOSICION AL REGISTRO DE MARCA.

SENTENCIA del 3 DE MARZO DE 2009

Sumario nro. A0055981

SUMARIO

COMPETENCIA DESLEAL-MARCAS-ENVASE SEMEJANTE-RESPONSABILIDAD DEL INFRACTOR-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-LEALTAD COMERCIAL

La infracción al art. 5 de la ley 22.802 no requiere la comprobación de un perjuicio concreto al consumidor, ya que basta con que se incurra en alguna de las conductas descritas en la norma, con aptitud para inducir a error, engaño o confusión, para que se configure la infracción, con prescindencia de la producción de un resultado.(Sumario confeccionado por el SAIJ).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802 Art. 5

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT.)

Carrefour Argentina S.A. s/ ley 22.802

SENTENCIA del 26 DE JUNIO DE 2001

XXI | Servicio público

Sumario nro. I0081152

TEMA

CONSUMIDORES-DAÑOS Y PERJUICIOS-ENERGIA ELECTRICA-APLICACION DE LA LEY-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-IURA NOVIT CURIA

TEXTO

Atento que el servicio que presta la Cooperativa local es el de distribución de energía eléctrica, y que ésta ha sido catalogada de "cosa" (arts. 2311 CC y 16 del CCC), deben observarse inevitablemente ciertas cuestiones, como la atribución de responsabilidad y la carga de la prueba que de ella deriva cuando se producen daños o perjuicios en el empleo o a causa del producto. En ese sentido, el art. 30 de la LDC dispone la atribución objetiva de responsabilidad al decir: "Cuando la prestación del servicio público domiciliario se interrumpa o sufra alteraciones, se presume que es por causa imputable a la empresa prestadora ...".

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.16, Ley 340 Art.2311, Ley 24.240 Art.30

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES , GUALEGUAYCHU, ENTRE RIOS
Sala 01 (LEONARDO PORTELA - ALBERTO ADRIÁN WELP)

Ojeda, Honorio Ramón y otra c/ Cooperativa de Consumo de Electricidad y afines de Gualaguaychú Limitada s/ ordinario
daños y perjuicios
SENTENCIA del 10 DE MARZO DE 2020

Sumario nro. I0081153

TEMA

CONSUMIDORES-DAÑOS Y PERJUICIOS-ENERGIA ELECTRICA-APLICACION DE LA LEY-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-IURA NOVIT CURIA

TEXTO

En las responsabilidades contractuales regidas por el derecho consumeril, la relación de causalidad está sujeta a un grado de convencimiento diferente de la certeza que se exige en la responsabilidad extracontractual, y ello por las particularidades propias de la LDC. En tal sentido, la relación de causalidad entre los daños reclamados y la prestación irregular del servicio, son pasibles de probarse sin que se requiera la certeza absoluta, pudiendo acudirse a procedimientos admitidos, como es el empleo de presunciones.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES , GUALEGUAYCHU, ENTRE RIOS
Sala 01 (LEONARDO PORTELA - ALBERTO ADRIÁN WELP)
Ojeda, Honorio Ramón y otra c/ Cooperativa de Consumo de Electricidad y afines de Gualaguaychú Limitada s/ ordinario
daños y perjuicios
SENTENCIA del 10 DE MARZO DE 2020

Sumario nro. I0081154

TEMA

CONSUMIDORES-DAÑOS Y PERJUICIOS-ENERGIA ELECTRICA-APLICACION DE LA LEY-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-IURA NOVIT CURIA

TEXTO

Al tratarse la energía eléctrica de una cosa generadora de riesgo es aplicable el art. 1113, 2do. párr., 2da. parte, CC; por lo tanto, para que el hecho de la víctima exima de responsabilidad a la demandada -como dueño o guardián- debe demostrarse las diligencias exigibles que la víctima hubiera omitido (art. 512, CCiv.) y cómo esa conducta hubiera resultado apta para alterar la cadena causal de responsabilidad.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.512, Ley 340 Art.1113

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES , GUALEGUAYCHU, ENTRE RIOS
Sala 01 (LEONARDO PORTELA - ALBERTO ADRIÁN WELP)
Ojeda, Honorio Ramón y otra c/ Cooperativa de Consumo de Electricidad y afines de Gualaguaychú Limitada s/ ordinario
daños y perjuicios
SENTENCIA del 10 DE MARZO DE 2020

Sumario nro. K0029170

TEMA

SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA-FALTA DE PRESTACION DE SERVICIOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-MULTA-NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO-COMPETENCIA ADMINISTRATIVA-ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD

TEXTO

Corresponde declarar la nulidad de la disposición de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor que aplicó una multa a una empresa de distribución de energía eléctrica por incumplimiento en la prestación del servicio (art. de la Ley 24.240), y ordenó resarcir al consumidor damnificado debido a que los reiterados cortes de energía y bajas de

tensión habrían ocasionado que se le quemara un equipo de aire acondicionado, habida cuenta que cuando la denuncia se refiere exclusivamente a una falta o interrupción del servicio eléctrico a cargo de la concesionaria, el único organismo competente para ello es el Ente Nacional Regulador de la Electricidad pues, aun cuando se hubiere afectado a un consumidor, las normas aplicables consagran la competencia del ente para el examen de las condiciones de prestación y calidad del servicio y para la imposición de sanciones.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Luis María Márquez - María Claudia Caputi - José Luis López Castiñeira)

Empresa Distribuidora del Sur SA c/ D.N.C.I. s/ defensa del consumidor - ley 24.240 - art. 45

SENTENCIA del 21 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. K0029171

TEMA

SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA-FALTA DE PRESTACION DE SERVICIOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-MULTA-COMPETENCIA ADMINISTRATIVA-ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD

TEXTO

Si bien, como principio, el prestador se halla obligado al cumplimiento de las normas de defensa del consumidor, siendo la autoridad nacional de aplicación de la ley la Secretaría de Comercio y la Dirección Nacional de Comercio Interior puede imponer a aquél una multa por infracción a las previsiones de la Ley 24.240, se debe también resguardar la competencia asignada al ente regulador de la actividad de que se trate, que se encuentra específicamente asignada a los efectos de vigilar, mediante los dispositivos adecuados, el cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias vigentes en orden al cumplimiento y desenvolvimiento del servicio involucrado en la cuestión.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Luis María Márquez - María Claudia Caputi - José Luis López Castiñeira)

Empresa Distribuidora del Sur SA c/ D.N.C.I. s/ defensa del consumidor - ley 24.240 - art. 45

SENTENCIA del 21 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. K0029172

TEMA

SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA-FALTA DE PRESTACION DE SERVICIOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-MULTA-COMPETENCIA ADMINISTRATIVA-ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD

TEXTO

La Secretaría de Industria y Comercio tiene a su cargo el control del servicio en todos aquéllos aspectos que se relacionen con la atribución conferida de velar por los derechos del consumidor a la luz de las previsiones contenidas en la Ley 24.240, siempre que no se vinculen directamente con la prestación misma del servicio específico que se trate. Cuando emerge dicha especificidad, la respectiva supervisión se encuentra a cargo del ente regulador correspondiente, a quien incumbe el control de la actividad desarrollada por las empresas que comercialicen el servicio.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Luis María Márquez - María Claudia Caputi - José Luis López Castiñeira)

Empresa Distribuidora del Sur SA c/ D.N.C.I. s/ defensa del consumidor - ley 24.240 - art. 45

SENTENCIA del 21 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. K0029173**TEMA**

SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA-FALTA DE PRESTACION DE SERVICIOS-DEFENSA DEL
CONSUMIDOR-MULTA-COMPETENCIA ADMINISTRATIVA-ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA
ELECTRICIDAD-APLICACION DE LA LEY

TEXTO

Es razonable concluir que si bien tanto la Ley 24.240 como la Ley 24.065 tienen como objeto la defensa de los usuarios, esta última la que específicamente creó un ente regulador para resguardar el cumplimiento del servicio encomendado a la licenciataria, otorgándole para cumplir con dicho objetivo la atribución de aplicar sanciones por dichos supuestos. En consecuencia, la denuncia del actor debe ser examinada y resuelta conforme el marco regulatorio específico ante el E.N.R.E, que resulta ser el ente de aplicación particular para la materia eléctrica.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.065, Ley 24.240

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Luis María Márquez - María Claudia Caputi - José Luis López Castiñeira)

Empresa Distribuidora del Sur SA c/ D.N.C.I. s/ defensa del consumidor - ley 24.240 - art. 45

SENTENCIA del 21 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. I0081151**TEMA**

CONSUMIDORES-DAÑOS Y PERJUICIOS-ENERGIA ELECTRICA-APLICACION DE LA LEY-LEY
DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-IURA NOVIT CURIA

TEXTO

En los juicios de daños y perjuicios iniciados por usuarios del servicio de energía eléctrica que provee -o distribuye- la cooperativa eléctrica local, es aplicable toda la batería de reglas procesales, presunciones y beneficios que contienen las normas específicas y genéricas referidas a la defensa del consumidor y del usuario. En tal sentido, la existencia de una relación entre las partes previa al hecho -contractual por ende-, provoca que el marco normativo se componga de numerosas reglas, entre las cuales tiene preeminencia la LDC -arts. 2 in fine; 3; 25 y 65-. Este estatus otorgado expresamente por el legislador a la ley, el carácter de orden público, implica la autorización expresa para el tribunal de acudir al iura novit curia y aplicar el derecho que considere pertinente (arts. 21 del CC y 12 del CCC).

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.12, Ley 340*

Art.21, Ley 24.240 Art.2, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.25, Ley 24.240

Art.65

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES , GUALEGUAYCHU, ENTRE RIOS
Sala 01 (LEONARDO PORTELA - ALBERTO ADRIÁN WELP)
Ojeda, Honorio Ramón y otra c/ Cooperativa de Consumo de Electricidad y afines de Gualeguaychú Limitada s/ ordinario
daños y perjuicios
SENTENCIA del 10 DE MARZO DE 2020

Sumario nro. J0045272

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-PROCEDENCIA DEL RECURSO-ENERGIA ELECTRICA-
DERECHOS DEL CONSUMIDOR-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL-CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA PROVINCIAL

TEXTO

Las particularidades realizadas por el a quo no descartan ni desdibujan el rasgo de homogeneidad fáctica que exige la jurisprudencia del Alto Tribunal nacional, que en el caso se traduce en la práctica común de la prestataria del servicio de facturar a todos los clientes en forma general e indiscriminada notas de débito en concepto de energía consumida no registrada en violación de la reglamentación de la Empresa Provincial de la Energía, a la luz del plexo consumerista (desde que no se asegura el mínimo derecho de defensa del consumidor y control del usuario a quien se le imputa el supuesto fraude); y en sustento de ello, esta Corte se pronunció en diversas ocasiones respecto a la ilegitimidad de dicho procedimiento para el cálculo de energía consumida y no registrada. (Del voto del Dr. Falistocco, al que adhieren los Dres. Netri, Erbetta y Ariza. En disidencia: Dres. Gutiérrez, Spuler y Gastaldi) - Jurisprudencia vinculada: Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur (Proconsumer) c. EPE, AyS T 249, p 303/309, sumario J0039040; Belfer c. EPE, AyS T 250, p 156/164, sumario J0039258; Berra c. EPE, AyS T 257, p 492/503, sumario J0040088.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCCO - ERBETTA - ARIZA)
ASOCIACION PROTECCION CONSUMIDORES DEL MERCADO COMUN DEL SUR (PROCONSUMER) c/
EMPRESA PROVINCIAL DE LA ENERGIA (EPE) s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 2 DE OCTUBRE DE 2019

Sumario: C0409600

SUMARIO

ACCIDENTE DE TRÁNSITO-INOPONIBILIDAD A TERCEROS-FRANQUICIA DE TRANSPORTE-
DEFENSA DEL CONSUMIDOR-LEY DE TRÁNSITO

Las normas generales, el principio de la buena fe -especialmente aplicable en materia de seguros- y las de la ley 24.240 y art. 42 de la Constitución nacional, generan en cabeza de la aseguradora un deber resarcitorio concurrente autónomo sin limitaciones exorbitantes por haber incurrido en una ilicitud comercial con potencial daño hacia terceros, un fraude a la ley, y haber integrado una cadena de comercialización de un servicio riesgoso. Y este deber cae tanto en cabeza de las aseguradoras de concesionarias ferroviarias cuanto las viales y del autotransporte público de pasajeros. (Del voto del Dr. Liberman)

Fuente : SAJJ

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL.
Sala L (Galmarini - Liberman)
Conde, Carlos Alberto c/ Línea 41 Azul SATA y otro s/ daños y perjuicios

Sumario: C0409601

SUMARIO

ACCIDENTE DE TRÁNSITO-INOPONIBILIDAD A TERCEROS-FRANQUICIA DE TRANSPORTE-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Resulta responsable la aseguradora por el todo y de forma concurrente, respecto de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima del accidente de tránsito en el que intervino el transporte público de pasajeros, pues como la obligación resarcitoria indistinta o concurrente de todo aquel que integra un sistema de comercialización de cosas o servicios se erige como un principio general del derecho protectivo de usuarios y consumidores, la inoponibilidad de la franquicia conlleva la inherente responsabilidad por el todo de la empresa aseguradora. (Del voto del Dr. Liberman)

Fuente : SAIJ

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL.

Sala L (Galmarini - Liberman)

Conde, Carlos Alberto c/ Línea 41 Azul SATA y otro s/ daños y perjuicios

SENTENCIA del 13 de Noviembre de 2012

Sumario: C0409602

TEMA

ACCIDENTE DE TRÁNSITO-INOPONIBILIDAD A TERCEROS-FRANQUICIA DE TRANSPORTE-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-LEY DE TRÁNSITO

La aseguradora debe responder por el todo de forma concurrente, por los daños y perjuicios ocasionados a la víctima del accidente de tránsito en el que intervino el transporte público de pasajeros, habida cuenta que el art. 118 de la ley de seguros no puede ofrecer resistencia válida desde que se considera la inadecuación del descubierto frente a normas generales que regulan el seguro obligatorio en el tránsito, como también la reforma a la ley de defensa de consumidores por la ley 26.361, que ha extendido explícitamente la protección a los dañados colaterales a una relación de consumo. (Del voto del Dr. Liberman)

REF. NORMATIVAS :

Ley 17.418 Art.118

Ley 26.361

Fuente : SAIJ

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL.

Sala L (Galmarini - Liberman)

Conde, Carlos Alberto c/ Línea 41 Azul SATA y otro s/ daños y perjuicios

SENTENCIA del 13 de Noviembre de 2012

Sumario nro. A0067997

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DERECHOS DEL USUARIO

La finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución Nacional (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Highton de Nolasco, Zaffaroni, Lorenzetti. Mayoría: Maqueda, Argibay. Disidencia: Petracchi, Fayt.)

Ferreira, Víctor Daniel y Ferreira, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios.

SENTENCIA, 1116XXXI del 21 DE MARZO DE 2006

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Highton de Nolasco, Zaffaroni, Lorenzetti. Mayoría: Maqueda, Argibay. Disidencia: Petracchi, Fayt.)

Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.V.C.

SENTENCIA, 745XXXVI del 21 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. Q0018251

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SERVICIO PÚBLICO

La Ley Nro. 24.240 -Ley de Defensa del Consumidor- que en su artículo 25, (3er. párrafo luego de la reforma dada por Ley Nº 24.787)- dispone: “Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, aplicándose la presente ley supletoriamente”, por lo que aparece en autos comprometido un instituto de Derecho Público —el servicio público— que como afirma Julio Rodolfo COMADIRA-, si alguna coincidencia existe entre los autores que han estudiado el concepto, ella es de su absoluta equívocidad.

Pese a ello, intentando efectuar alguna noción conceptual, este autor sostiene que “el Servicio Público es un título jurídico en sí mismo exorbitante, invocable por el Estado para asumir la titularidad de competencias prestacionales con el fin de ejercerlas en forma directa (por administración) o indirecta a través de órganos personificados pública (v.gr: entes autárquicos) o, privadamente a través de terceros (v. gr.: personas jurídicas privadas); para desarrollarlos subsidiariamente en ausencia de prestadores privados, sin titularizarlas en sentido propio, o bien para ejercer su Poder de Policía sobre actividades privadas prestacionales, con el objeto de dar satisfacción o, en su caso, de asegurar la satisfacción de necesidades consideradas esenciales para el logro del bien común”.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 25, Ley 24.787

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT

Sala CIVIL (José Luis Pasutti Daniel Luis Caneo Fernando Royer)

Dirección Defensa del Consumidor c/ T.A. SA s/ Contencioso Administrativo

SENTENCIA, 13-C-06 del 22 DE SETIEMBRE DE 2006

Sumario nro. Q0018258

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SERVICIO PÚBLICO-INTERNET

Si el órgano de aplicación local de la Ley de Defensa del Consumidor carece de atribuciones para aplicar las sanciones previstas en ella, debería formular, ante la que controle la prestación del servicio que se trate y es la competente, las pertinentes denuncias para que se compruebe una violación a los derechos del consumidor o usuario.- Tal la conducta deseable para una adecuada y complementaria fiscalización.- No en vano la doctrina viene sugiriendo la necesidad de convenios que den seguridad jurídica al marco de relaciones originadas por el fenómeno de la world wide web.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT

Sala CIVIL (José Luis Pasutti Daniel Luis Caneo Fernando Royer)

Dirección Defensa del Consumidor c/ T.A. SA s/ Contencioso Administrativo

SENTENCIA, 13-C-06 del 22 DE SETIEMBRE DE 2006

Sumario nro. A0067995

SUMARIO

SERVICIO PÚBLICO-CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO-DERECOS DEL USUARIO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

El vínculo entre concesionaria y usuario constituye una relación de consumo que tiene recepción normativa en la ley 24.240, y alcanzó la máxima jerarquía, al quedar incluido en el art. 42 de nuestra Carta Magna, con la reforma constitucional de 1994 (Voto del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Highton de Nolasco, Zaffaroni, Lorenzetti. Mayoría: Maqueda, Argibay. Disidencia: Petracchi, Fayt.)

Ferreya, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios.

SENTENCIA, 1116XXXI del 21 DE MARZO DE 2006

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Highton de Nolasco, Zaffaroni, Lorenzetti. Mayoría: Maqueda, Argibay. Disidencia: Petracchi, Fayt.)

Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.V.C.

SENTENCIA, 745XXXVI del 21 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. A0068024

SUMARIO

SERVICIO PÚBLICO-CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO-OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-DERECOS DEL USUARIO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

El vínculo que une al que contrata o usa el servicio con el concesionario vial, es una típica relación de consumo regida por la ley 24.240, por la cual el último asume, no una obligación de dar el uso y goce de una cosa, sino de prestar un servicio, calificación jurídica esta última que importa asignarle un deber de seguridad, de origen legal e integrado a la relación contractual, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles según el curso normal y ordinario de las cosas (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Highton de Nolasco, Zaffaroni, Lorenzetti. Mayoría: Maqueda, Argibay. Disidencia: Petracchi, Fayt.)

Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.V.C.

SENTENCIA, 745XXXVI del 21 DE MARZO DE 2006

Identificación SAIJ: A0069514

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY: ALCANCES-SERVICIOS PÚBLICOS

Cuando el art. 25 de la ley 24.240 dispone que “los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, aplicándose la presente ley supletoriamente”, ello significa que la supletoriedad debe ser entendida como su aplicación en ausencia de previsión, pero no una subordinación del microsistema del consumo, ya que en supuestos de pluralidad de fuentes, no cabe la solución jerárquica, sino la integración armónica (Votos del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti y de la Dra. Carmen M. Argibay).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 25

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Argibay)

Edelar S.A. s/ inconstitucionalidad.

SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2007

Identificación SAIJ: J0034828

SUMARIO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL-JURISPRUDENCIA-RECURSO EXTRAORDINARIO: REQUISITOS PROPIOS-SERVICIO PÚBLICO-AGUA POTABLE-DERECHOS DEL USUARIO-LEGITIMACIÓN ACTIVA-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ACCIÓN DE AMPARO

Según el Alto Tribunal nacional “es necesaria una relación directa entre la materia del pleito y la cuestión constitucional aducida en él”.

En el caso, no cabe hacer lugar al agravio consistente en que el Tribunal pretirió considerar el planteo vinculado a la falta de legitimación activa y pasiva desde que omite demostrar la correspondencia de dicha causal con la realidad de la causa, ya que específicamente la Cámara evaluó, en cuanto a la

legitimación activa, que los usuarios del servicio de provisión de aguas se encuentran legitimados para interponer una acción de amparo en su doble carácter de usuarios y afectados (arts. 42 y 43, Constitución nacional), lo que se corresponde con el art. 1 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 -considera consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas-; y señaló, en relación a la legitimación pasiva, “que la gestión del servicio público privatizado es realizada por un ente privado en su condición de concesionario del mismo por lo que su legitimación pasiva surge evidente ya que por la delegación trans estructural de sus cometidos, como por ser depositario de la potestad pública...”.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42 al 43, Ley 24.240 Art. 1

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SANTA FE, SANTA FE

(FALISTOCCO - GASTALDI - NETRI - SPULER)

CLUB DE GIMNASIA Y ESGRIMA SOC. CULT. Y DEPORT. ASOC. MUTUAL c/ AGUAS PROVINCIALES DE SANTA FE S.A. s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD - AMPARO (EXPTE.: C.S.J. NRO. 611 AÑO 2001)

SENTENCIA del 28 DE MARZO DE 2007

.....

Identificación SAIJ: 70013519

SUMARIO

SERVICIOS PUBLICOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR:ALCANCES-GRANDES USUARIOS DE ENERGIA ELECTRICA DEL MERCADO ELECTRICO MAYORISTA:DETERMINACION

Debe rechazarse el agravio relativo a que los accionantes se encontrarían excluidos expresamente por la Ley de Defensa del Consumidor dada su calidad de grandes usuarios, ya que el fallo que se impugna define con absoluta claridad esta categoría y con lógicas razones responde por qué los amparistas deben ser considerados usuarios o consumidores finales del servicio domiciliario de energía eléctrica.

En efecto, la sentencia atacada no deja lugar a dudas de que el concepto de grandes usuarios involucra a los que comercializan el producto o explotan el servicio y requieren, a su vez, la venia del Estado, no siendo el caso de los accionantes, sin perjuicio de que algunos de ellos ejerzan el comercio.

DATOS DEL FALLO

CORTE DE JUSTICIA, SAN FERNANDO DEL VALLE DE CATAMARCA, CATAMARCA

(César Ernesto Oviedo José Ricardo Cáceres Amelia Sesto de Leiva)

FEDERACION ECONOMICA DE CATAMARCA c/ EDECAT s/ ACCIÓN DE AMPARO JUDICIAL DE INTERESES DIFUSOS O DERECHOS DIFUSOS S/ RECURSO DE CASACION

CASACION, 407 del 19 DE MARZO DE 2007

.....

Identificación SAIJ: 70013517

SUMARIO

SERVICIOS PUBLICOS-FACTURACION ERRONEA-LEY DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-RECURSO DE CASACION: IMPROCEDENCIA

Sostiene el casacionista —empresa concesionaria del servicio de energía eléctrica— la errónea aplicación de la ley en el fallo de Alzada porque entiende que no corresponde la aplicación al caso de

la Ley de Defensa del Consumidor, dado su carácter supletorio, al existir un régimen legal específico para los servicios públicos domiciliarios, y porque, además, hacerlo viola el principio de especialidad normativa en materia regulatoria de servicios públicos, dado que el contrato de concesión del servicio celebrado prevé el régimen de reparación al usuario frente al error de facturación.

En primer lugar, cabe determinar que la misma LDC establece la aplicación supletoria de sus disposiciones cuando existan normas específicas que regulen un servicio público en particular.

En efecto, el art. 25 de la ley 24.240 establece que "... Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, ser n regidos por esas normas, aplicándose la presente ley supletoriamente".

En segundo lugar, supletoriedad no significa inaplicabilidad o desprotección; por el contrario, deber aplicarse la LDC cada vez que no existan en las regulaciones específicas de los servicios públicos normas expresas tuteladoras de los derechos de los usuarios o cuando sus disposiciones entren en colisión con los derechos otorgados por dicha ley.

De allí que la Alzada estime que el solo reintegro del exceso de lo facturado y los intereses, de acuerdo a lo estipulado en el contrato de concesión y la normativa provincial, no configura un verdadero resarcimiento e impone el plus del 25% sobre lo mal facturado, en virtud de lo dispuesto por el Art. 31 de la LDC.

En consecuencia, debe rechazarse el recurso de casación por resultar improcedente.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 25, Ley 24.240 Art. 31

DATOS DEL FALLO

CORTE DE JUSTICIA, SAN FERNANDO DEL VALLE DE CATAMARCA, CATAMARCA

(César Ernesto Oviedo José Ricardo Cáceres Amelia Sesto de Leiva)

FEDERACION ECONOMICA DE CATAMARCA c/ EDECAT s/ ACCIÓN DE AMPARO JUDICIAL DE INTERESES DIFUSOS O DERECHOS DIFUSOS S/ RECURSO DE CASACION

CASACION, 407 del 19 DE MARZO DE 2007

XXII | Competencia

Sumario nro. N0021116

TEMA

CUESTIONES DE COMPETENCIA-COMPETENCIA POR LA PERSONA-SOCIEDAD ANONIMA-DOMICILIO DE LA SOCIEDAD-SUCURSAL-CELEBRACION DEL CONTRATO-LUGAR DE CELEBRACION-CONTRATOS DE CONSUMO-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

TEXTO

La aplicación integradora que efectuó el magistrado de grado al sustentar su decisión en el art. 2654 del CCCN carece de suficiente sustento ya que tal dispositivo legal sólo es aplicable, en el marco de una acción promovida por el consumidor individual donde esté en juego un contrato de consumo internacional (extremo que no se configura en el sub lite), y se accione contra un proveedor que ha actuado a través de una agencia sucursal o representación comercial que ha intervenido en la celebración del contrato o en su negociación, los supuestos fácticos que no se replican en el caso y que por ello, no habilitan la aplicación de la citada normativa a un colectivo nacional promovido por una acción de consumidores.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.2654

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala A (Alfredo Arturo Kolliker Frers - María Elsa Uzal)

Sumario nro. N0021120

TEMA

CUESTIONES DE COMPETENCIA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RELACION DE CONSUMO-ACCIONES COLECTIVAS-COMPETENCIA POR EL TERRITORIO

TEXTO

La regla de competencia que la Ley 26.631 incorporó al art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor, donde se establece que para entender en los litigios relativos a operaciones financieras y créditos para el consumo resulta competente el Juez del domicilio real del consumidor -ante un eventual uso abusivo de la cláusula de prórroga de jurisdicción-, no permite desprender de dicha normativa, regla alguna en materia de competencia que extienda ese beneficio que tiene precisos alcances, a entidades jurídicamente organizadas, que esgrimen la defensa de esos mismos intereses pero bajo la forma de acciones colectivas a nivel nacional, como la que aquí se trata.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.36, LEY 26.631

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala A (Alfredo Arturo Kolliker Frers - María Elsa Uzal)
Volkswagen S.A. de Ahorro P/F Determinados c/ Fundación Club de Derecho Argentina s/ inhibitoria
SENTENCIA del 9 DE OCTUBRE DE 2020

Sumario nro. B0962014

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-COMPETENCIA-INTERVENCION FISCAL

TEXTO

Si bien es cierto que existen algunos actos procesales que implican el consentimiento tácito de la competencia y que la falta de invocación expresa del pedido de inhibitoria por parte del interesado puede llevar a considerar como tardía la declaración de inhabilidad por parte del órgano jurisdiccional, está afectada por el absurdo la sentencia que desconoce las particularidades que se presentan en la causa: la acreditación fehaciente del verdadero domicilio del accionado después de más de una década de tramitación de la causa - habiéndose dictado medidas que hacen al ejercicio de la jurisdicción- y la presentación en juicio del demandado a los fines de ejercer su derecho de defensa, posterior a su declaración de rebeldía. (doctor Genoud, sin disidencia)

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES
(Genoud - de Lázzari - Negri - Kogan)
Israel Silicaro, Osvaldo Juan c/ Beaulien, Martín Oscar s/ Cobro sumario de pesos
SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2019

Sumario nro. B0962015

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-COMPETENCIA-INTERVENCION FISCAL

TEXTO

El contenido de la presentación efectuada por el Agente Fiscal que hace saber de la incompetencia del juez interviniente de acuerdo al domicilio del consumidor no puede ser inadvertido por la judicatura. Es la propia ley especial la que obliga la actuación del Ministerio Público a fin de que

éste fiscalice su efectivo cumplimiento (arts. 27, ley 13.133 y 52, ley 24.240). El legislador tuvo en mira permitir la actuación coadyuvante del órgano estatal en el proceso para salvaguardar los derechos que la ley prevé para la parte débil de la relación jurídica. La sustancia de su actuación debe ser apreciada por el órgano jurisdiccional con el mismo sentido y alcance a la que realiza el sujeto vulnerable, debiendo proporcionarle los mismos efectos que aquél pretendiere sobre la disputa de la competencia. (doctor Genoud, sin disidencia)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 13.133 Art.27, Ley 24.240 Art.52

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Genoud - de Lazzari - Negri - Kogan)

Israel Silicaro, Osvaldo Juan c/ Beaulien, Martín Oscar s/ Cobro sumario de pesos

SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2019

Identificación SAIJ : A0078772

TEMA

CUESTIONES DE COMPETENCIA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-MULTA

Si no surge que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sea parte sustancial en la demanda ejecutiva en concepto de daño directo y tampoco se advierte que la materia en debate se refiera a cuestiones relacionadas con facultades inherentes a la Administración, ni se ha puesto en tela de juicio la validez de actos administrativos dictados por el gobierno de la Ciudad sino que la pretensión se circunscribe a un reclamo dinerario de un particular a otro con fundamento en normas de derecho común que queda fuera de la jurisdicción de los jueces de la ciudad, máxime cuando la demanda no persigue únicamente la ejecución del monto establecido por la autoridad de aplicación local de la ley de defensa del consumidor en concepto de daño directo sino también la fijación de una multa civil a la demanda en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240 (texto según ley 26.631), el proceso debe continuar su trámite ante la justicia nacional en lo civil (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco). -Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.52

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti, Maqueda, Rosatti, Rosenkrantz (Voto Conjunto) - Highton (Disidencia Propia))

Mizrahi, Daniel Fernando c/ Empresa Distribuidora Sur SA Edesur s/ Otros Procesos Especiales

SENTENCIA del 6 DE FEBRERO DE 2018

Nro.Fallo: 18000002

Identificación SAIJ : J0043231

TEMA

CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIA-DAÑOS Y PERJUICIOS-INDEMNIZACION-SEGURO POR ACCIDENTES PERSONALES-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Debe continuar entendiendo en la presente causa el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial toda vez que para la determinación de la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en la demanda, y con esa inteligencia, en su escrito de demanda, el actor considera aplicable al caso el régimen de la "Ley de Defensa del Consumidor"; y así, si bien la

indemnización pretendida tiene su causa en los daños sufridos por el actor a raíz de un robo ocurrido cuando volvía de su trabajo (producto del cual resultó con lesiones que requirieron intervención quirúrgica), el mismo no accionó contra la Aseguradora de Riesgos del Trabajo o empleador alguno, sino que el objeto del reclamo lo constituye una indemnización en el marco de un contrato de seguro de accidentes personales, lo que descarta de lleno la posibilidad de encuadrar el presente caso en el artículo 2, inciso f) del Código Procesal Laboral local.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, Código Procesal del Trabajo Art.2

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCCO)
ALONSO, MAURO MATIAS c/ ROYAL Y SUNALLIANCE SEGUROS (ARG) S.A. s/
COMPETENCIA
SENTENCIA del 28 DE AGOSTO DE 2017
Nro.Fallo: 17090282

Identificación SAIJ : K0029045

TEMA

MEDICINA PREPAGA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

La Dirección Nacional de Comercio Interior resulta competente para aplicar una sanción a la empresa de medicina prepaga que ha negado la cobertura de un estudio a su afiliado, pues entre la empresa y los afiliados existe una relación de consumo y la Secretaría de Comercio Interior es la autoridad nacional de aplicación de la Ley 24.240 y tiene a su cargo el control de la actividad desarrollada por las empresas que comercializan productos y servicios respecto de todo aquello que esté relacionado con la atribución conferida de velar por los derechos del consumidor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (Do Pico - Grecco - Facio)
Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica c/ D.N.C.I. s/ Defensa del Consumidor - Ley
24.240 -art. 45
SENTENCIA del 22 DE FEBRERO DE 2016
Nro.Fallo: 16100000

Identificación SAIJ : K0029050

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DAÑO DIRECTO

La procedencia de la indemnización requiere que como consecuencia de la acción u omisión del prestador de servicio se haya producido un daño directo sobre la persona o bienes del consumidor.

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL ,
CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (Do Pico - Grecco - Facio)
Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica c/ D.N.C.I. s/ Defensa del Consumidor - Ley
24.240 -art. 45
SENTENCIA del 22 DE FEBRERO DE 2016
Nro.Fallo: 16100000

.....
Identificación SAIJ: N0017350

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-EJECUCION PRENDARIA-COMPETENCIA-INTERPRETACIÓN DE LA LEY-JERARQUIA NORMATIVA

1- Será procedente la declaración de incompetencia para intervenir en un secuestro prendario, en razón de lo dispuesto por el art. 36 de la Ley 24.240, toda vez que, si bien no se ignora lo dispuesto por el art. 4 Cpr., —en cuanto veda la declaración de oficio de incompetencia en asuntos patrimoniales cuando se funda en razón territorial— el art. 36 de la norma citada es jerárquicamente superior a las reglas de competencia establecidas por el código procesal, que es ley local a esos efectos, mientras que lo dispuesto por aquella normativa incluso en materia de competencia- es ley que, sea que se entienda de carácter común, sea que se admita que es federal, siempre y en todo caso es norma superior a la ley procesal (conf. arts. 42, 43 y 75, inc. 12, CN). Por lo tanto, El Tribunal no puede alterar esa jerarquía normativa, cuyo respeto le viene impuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional. En consecuencia de ello, el art. 21 de la Ley 48 ordena a los jueces respetar ese orden jerárquico. Y el propio Código Procesal local establece, en su art. 34, inc. 4, que es deber de los jueces respetar la jerarquía de las normas vigentes. Por ese motivo, al mantener la declaración de incompetencia de oficio como aquí se dispone, sin transgredir la veda del art. 4 se refuerza la jerarquía normativa que el mismo código ordena respetar en consecuencia de la Constitución Nacional. 2- Hay aún un otro argumento que avala la solución adoptada. Se trata de la especificidad de la norma contenida en la Ley 24.240, pues frente a la genérica directiva del art. 4 del Cpr., el art. 36 de la LDC aparece como la *lex specialis* que ha de prevalecer en estos casos (esta Sala en “Círculo de Inversores S.A. c/Piattoni s/ ejecución prendaria”, del 11 de febrero de 2011).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 31, Constitución Nacional Art. 42 al 75, Ley 17.454 Art. 4, Ley 17.454 Art. 34, LEY 48 Art. 21, Ley 24.240 Art. 36

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(Garibotto - Monti - Kölliker Frers (Sala Integrada).)

PLAN OVALO S.A. DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS c/ FERNANDEZ, JUAN IGNACIO S/
s/ Ejecución prendaria.

SENTENCIA, 52142/10 del 1 DE MARZO DE 2011

.....
Identificación SAIJ: D0013979

SUMARIO

COMPETENCIA-TELEFONÍA CELULAR-DAÑOS Y PERJUICIOS-INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

El actor inicia demanda por los daños y perjuicios que dice haber sufrido a raíz del incumplimiento contractual que le imputa a Telecom Personal SA. Manifiesta que celebró un contrato con la accionada por el servicio de telefonía móvil para treinta (30) celulares, bajo la modalidad de un plan especial que

incluía los llamados libres entre esos celulares y ciento veinte (120) minutos libres para llamadas salientes, según lo informado por un vendedor de la empresa accionada, el señor Claudio Audubet. Sin embargo —sostiene—, las condiciones de prestación del servicio no resultaron ser las pactadas, lo que generó una incorrecta facturación y sucesivos perjuicios económicos para el actor, por lo que formuló diversos reclamos mediante misivas. Agrega que la conducta de la demandada resultó violatoria del derecho a la información del actor en el momento de la oferta y, en consecuencia, del principio de buena fe contractual. La indemnización que persigue comprende el daño emergente, el daño moral, la pérdida de chance y el lucro cesante. Además, pretende la aplicación de la multa prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 52

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (Dra. María Susana Najurieta - Dr. Martín Diego Farrell - Dr. Francisco de las Carreras.)
AMATO OSCAR DARIO c/ TELECOM PERSONAL SA s/ INCUMPLIMIENTO DESERVICIO DE TELECOMUNICAC.
SENTENCIA del 15 DE MARZO DE 2011

Identificación SAIJ: D0013980

SUMARIO

COMPETENCIA-TELEFONÍA CELULAR-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Para la resolución de la contienda no será necesario interpretar el sentido y alcance de normas de carácter federal, como lo es la ley nacional de telecomunicaciones 19.798, toda vez que el sustento de la acción reposa, principalmente, en una reparación integral por la responsabilidad derivada de actos ilícitos con fundamento en normas de derecho común, por lo que deberán analizarse predominantemente disposiciones de derecho privado a fin de analizar la conducta de la accionada, debiendo intervenir la justicia nacional en lo civil (conf. CSJN, "García Margarita Gladis c/ Telefónica de Argentina SA s/ daños y perjuicios", del 14.10.08 y "Tagliabue Beatriz c/ Telefónica de Arg. SA s/ daños y perjuicios", del 3.2.09). La parte actora también señala las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) y solicita su aplicación a este caso (ver fs. 227, apartado IV. "c"). Al respecto, se debe recordar que el art. 53 de la ley citada establece que las acciones judiciales tramitarán en jurisdicción de los tribunales ordinarios competentes (conf. esta Sala, causas 9.170/09 del 1.6.10 y 10.081/08 del 21.12.10).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 19.798, Ley 24.240, Ley 24.240 Art. 53

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (Dra. María Susana Najurieta - Dr. Martín Diego Farrell - Dr. Francisco de las Carreras.)
AMATO OSCAR DARIO c/ TELECOM PERSONAL SA s/ INCUMPLIMIENTO DESERVICIO DE TELECOMUNICAC.
SENTENCIA del 15 DE MARZO DE 2011

Identificación SAIJ: N0017102

SUMARIO

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CUESTIONES DE COMPETENCIA-COMPETENCIA POR EL TERRITORIO-PRORROGA DE LA COMPETENCIA-DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA-DECLARACIÓN DE OFICIO: IMPROCEDENCIA

Del Dictamen Fiscal 131482: Cabe revocar la resolución del juez de grado, en cuanto declaró su incompetencia de oficio para conocer en la causa, con fundamento en que, la relación jurídica que vincula a las partes deriva de una operación financiera o de crédito para consumo, en el marco de la Ley 24.240 de defensa al consumidor, modificada por la Ley 26.361. Ello así, en concordancia con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver la causa “Compañía Financiera Argentina c/ Toledo, Cristian Alberto s/ cobro ejecutivo”, del 24/08/10, que consideró que no procede la declaración de incompetencia de oficio en asuntos exclusivamente patrimoniales cuando ella se funda en razón de territorio, pues ella puede ser prorrogada por las partes (cfr. art. 1º-2º párrafo-, y art. 4º—3º párrafo— del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art. 1, Ley 17.454 Art. 4, Ley 24.240, LEY 26.361

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(Ballerini - Piaggi - Díaz Cordero.)

STANDARD BANK ARGENTINA SA c/ BECERRA, EDUARDO MARIO s/ SECUESTRO PRENDARIO.

SENTENCIA, 49576/10 del 14 DE MARZO DE 2011

.....
Identificación SAIJ: N0017229

SUMARIO

CUESTIONES DE COMPETENCIA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-COMPRAVENTA-PRODUCTOS AGROQUIMICOS

No será procedente que el magistrado de grado se inhiba para conocer en el caso de autos, a la luz de lo establecido por la Ley 24.240, toda vez que el vínculo contractual que une a las partes —venta de productos agroquímicos comercializados por la accionante— exorbita el ámbito de aplicación de la citada norma. Ello en tanto el supuesto no queda comprendido en el terreno de la relación de consumo que ampara la ley, ya que ésta prevé que no tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (artículo 2). (En el caso se trató de una ejecución iniciada por una persona jurídica contra una persona física, con sustento en un “reconocimiento de deuda y plan de pagos”).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(Garibotto - Kölliker Frers (Sala Integrada).)

SYNGENTA AGRO SA c/ PERALTA ROSITA ALEJANDRA DEL VALLE s/ EJECUTIVO.

SENTENCIA, 47793/10 del 29 DE MARZO DE 2011

.....
Identificación SAIJ: D0014213

SUMARIO

DERECHO PROCESAL-COMPETENCIA DESLEAL-EXHORTOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-COMPETENCIA COMERCIAL

La base de la acción principal a la que se vincula el presente exhorto, por el que se solicita que se cite en garantía y emplace a Sun Chemical Ink SA y Sun Chemical Latinoamérica a estar a derecho en los autos caratulados: "Lagomarsino, Luís Alberto c/Castiglioni Hijos SA s/ daños y perjuicios", en trámite por ante el Juzgado Letrado Civil de 18vo. Turno de la Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, tiene su origen en la denuncia de competencia desleal ejercida por la empresa José Castiglioni Hijos SA —representante de Sun Chemical en el Uruguay— en perjuicio del señor Luís Alberto Lagomarsino. El Tribunal juzga que en la especie de autos no resulta de aplicación la prescripción prevista por el art. 53 de la Ley de Defensa de la Competencia nº 25.156, pues no se está en presencia de una decisión del Tribunal Nacional de la Defensa de la Competencia, sino de una controversia regida por principios propios del derecho común (comerciales en la especie), entre personas jurídicas de carácter privado, extremo que persuade que la Justicia Federal no es competente para intervenir en la presente rogatoria y sí, la Justicia Comercial.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 25156 Art. 53

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (Dr. Ricardo Gustavo Recondo - Dra. Graciela Medina.)

LAGOMARSINO LUIS ALBERTO c/ JOSE CASTIGLIONI HIJOS SA s/ exhorto.

SENTENCIA del 1 DE JULIO DE 2011

.....
Identificación SAIJ: T0006063

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CONTIENDA NEGATIVA DE COMPETENCIA: PROCEDENCIA-INTERPRETACIÓN DE LA LEY-VOLUNTAD DEL LEGISLADOR-JUEZ NATURAL

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que las leyes modificatorias de la jurisdicción y de la competencia, aún en casos de silencio, se aplican de inmediato a las causas pendientes. Esto es así porque la facultad de cambiar las leyes de forma pertenece a la soberanía, y no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento, pues las normas procesales y jurisdiccionales son de orden público. Asimismo, el más Alto Tribunal, también ha establecido, que la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional, por la cual se establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, no impide la inmediata aplicación de las nuevas normas sobre competencia, inclusive a los procesos pendientes, excepto que esto signifique despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos, lo cual no ocurre en el caso de autos.

La circunstancia de que la ley Nº 26.361 no contenga una norma que disponga sobre la competencia para resolver en los procesos pendientes no implica dejar de lado el criterio mencionado, pues si la intención del legislador hubiera sido otra, lo hubiese previsto expresamente, por lo que no cabe interpretar su silencio como olvido o imprevisión, que no se presumen en aquél.

Por lo tanto, la remisión de las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal no puede considerarse violatoria de la garantía del juez natural, y, en principio, no afectaría la celeridad procesal, correspondiendo dar por trabada la contienda negativa de competencia. (Sumario confeccionado por el SAIJ)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 18, LEY 26.361

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO, CAPITAL FEDERAL

Sumario nro. N0009073

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-JUICIO SUMARISIMO: PROCEDENCIA-SORTEOS-PREMIO DE JUEGOS DE AZAR-COMPETENCIA

Procede imprimir el trámite sumarísimo a una demanda en la que el pretensor reclama, —como en el caso—, la entrega de ciertos bienes —o su equivalente en dinero en efectivo— en su calidad de beneficiario de ciertos sorteos organizados por su contrario. Ello así, toda vez que, en esta instancia liminar y sin que importe adelantar juicio sobre lo que corresponda resolver, en definitiva, la entrega de los premios reclamados aparece íntimamente unida a la comercialización y venta de productos de diversos rubros ofrecidos por el defendido. De modo pues, que lo expuesto sitúa —al menos provisoriamente— tal supuesto dentro del ámbito de la ley 24.240, y justifica la adopción del proceso mas abreviado que rija en la jurisdicción del tribunal ordinario pertinente (ley 24.240, art. 53). (En la especie, se desestimó la pretensión del reclamante, en cuanto a que el objeto de la demanda no podía regirse por la citada ley, toda vez que refiere al cumplimiento de ciertos sorteos organizados “sin obligación de compra”).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 53

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala B (BUTTY - DIAZ CORDERO)

SALDIVIA, MARIA FABIANA c/ SPRAYETTE SA s/ SUMARISIMO.

SENTENCIA, 000013 del 17 DE FEBRERO DE 2000

Sumario nro. A0054847

SUMARIO

CONTIENDA NEGATIVA DE COMPETENCIA-COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA-ECONOMIA PROCESAL-PRIVACIÓN DE JUSTICIA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-COMPETENCIA CIVIL-COMPETENCIA COMERCIAL

Corresponde a la Corte dirimir, en resguardo del principio de economía procesal y el buen servicio de justicia, la contienda de competencia suscitada al no asentir la justicia comercial la decisión de la Cámara Civil —al resolver un conflicto de competencia entre dos jueces civiles— de atribuirle la competencia de la acción tendiente a que cesen publicaciones que a criterio del actor serían violatorias de ley 24.240.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Mayoría: Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Boggiano, Bossert, Vázquez. Abstención: Nazareno, Fayt, López.)

Rodriguez Ruiz, Alberto c/ Clarín y otros s/ sumarísimo.

Sumario nro. C0400408

SUMARIO

COMPETENCIA CIVIL-DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD OBJETIVA -PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-TABACO

Corresponde a la Justicia Civil intervenir en la acción que persigue la reparación de los daños y perjuicios provocados por el cigarrillo —con fundamento en los arts. 52 de la ley 24.240 y 1190 y 1113 del Código Civil— contra la empresa que lo comercializa.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 1113, Ley 340 Art. 1190, Ley 24.240 Art. 52

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala M ()

HENRICOT, Néstor c/ NOBLEZA PICARDO S.A s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

INTERLOCUTORIO del 14 DE JUNIO DE 2000

Sumario nro. C0401615

SUMARIO

COMPETENCIA COMERCIAL:PROCEDENCIA-LEALTAD COMERCIAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Es competente la Justicia Comercial para intervenir en una demanda promovida por infracción a la ley de Defensa del Consumidor. Ello es así, dado que con la promulgación de la ley 24.240 se ha previsto por vía de analogía esta competencia al disponer en su art. 3 que sus disposiciones se integran con las normas de “Defensa de la Competencia” y “Lealtad Comercial”, ley 22.262 que en su art. 4º ha determinado que es competente el fuero comercial para conocer en las acciones civiles basadas en dicho cuerpo normativo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.262 Art. 4, Ley 24.240 Art. 3

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala M ()

BASTOS DE ARAGONE, M. c/ BANCO DE GALICIA Y BUENOS AIRES s/ NULIDAD DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES

INTERLOCUTORIO del 17 DE DICIEMBRE DE 2002

Sumario nro. C2002154

SUMARIO

PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO-COMPETENCIA-COMPETENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y TRIBUTARIA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR: RÉGIMEN JURÍDICO-REVISIÓN JUDICIAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS-INTERPRETACIÓN DE LA LEY: ALCANCES-FACULTADES CONCURRENTES-PODER DE POLICÍA-RECURSO JUDICIAL DE APELACIÓN (RECURSO DIRECTO):IMPROCEDENCIA

Es competente la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario para resolver la impugnación de una multa impuesta por el Secretario de Industria y Comercio, por violación de las normas de la Ley Nro. 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor).

De conformidad con los artículos 41 y 42 de la mencionada ley, la aplicación de la ley es efectuada en forma concurrente por la autoridad nacional y los gobiernos locales. Cuando el artículo 45 de la Ley Nro. 24.240 establece la competencia federal lo hace exclusivamente respecto de los actos administrativos emanados de autoridad nacional, en ejercicio de potestades propias. De conformidad con lo establecido en el artículo 46, cuarto párrafo, de la Constitución de la Ciudad, ella ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en su territorio, a lo que cabe agregar que la competencia otorgada a este fuero por la Ley Nro. 7 y el Código Contencioso Administrativo y Tributario es de orden público (artículo 2 *in fine*, CCAyT).

Toda vez que la legislación vigente en la Ciudad no contempla la existencia de un recurso directo ante la Cámara para la impugnación de los actos administrativos que apliquen sanciones por infracción a las normas de defensa del consumidor, la causa deberá tramitar por ante la primera instancia del fuero.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Código Contencioso Administrativo de Ciudad de Buenos Aires, Ley 24.240 Art. 45 al 46, LEY 7

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS., CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 01 (Inés M. Weinberg de Roca Carlos F. Balbín)

Kalpakistan Hnos. c/ Gobierno de la Cdad. de Bs. As. s/ Otras causas con Trámite Directo ante la Cámara de Apelaciones.

SENTENCIA del 15 DE MARZO DE 2002

Sumario nro. N0011724

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ARBITRAJE DE CONSUMO-COMPETENCIA-JUICIO DE AMIGABLES COMPONEDORES

De conformidad con lo previsto por Decreto 276/98 art.16, la intervención de las cámaras de apelaciones, sólo está prevista para el caso de recursos de nulidad de arbitrajes de derecho; más en casos de nulidad de un laudo dictado por el tribunal arbitral de consumo, tramitado por el procedimiento de amigables componedores debe conocer el juez de primera instancia, máxime cuando —como en el caso— los árbitros manifestaron expedirse según equidad, lo cual descarta la existencia de arbitraje de derecho —arg. C.P.C.C. art.766—.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art. 766, Decreto Nacional 276/98 Art. 16

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(RAMIREZ - ARECHA - GUERRERO)

SOL CLUB VACATION SA c/ TRIBUNAL ARBITRAL DE CONSUMO. (JA 15.8.01) -

SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2000

Sumario nro. K0023224

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO:REQUISITOS;IMPROCEDENCIA-COMPETENCIA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Si la actora se sometió voluntariamente al ámbito de competencia de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor de la Nación, del art. 45 de la 24.240, previéndose un recurso por ante esta Cámara Nacional de Apelaciones, la vía del amparo resultaría en principio siempre excluida en estos casos, salvo que se demostrara debidamente que los derechos involucrados sólo recibirán adecuada e idónea tutela a través de este remedio estricto. (Del voto del Dr. Coviello, consid. 6º).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 45

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala 01 ()

Proconsumer c/ America On Line Argentina S.R.L. y otro s/ amparo SENTENCIA, 34.674 del 27 DE FEBRERO DE 2001

Sumario nro. K0023830

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO-COMPETENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS-HABILITACION DE LA VIA JUDICIAL: REQUISITOS

Conforme a lo prescripto en el art. 45 de la ley 24.240, la competencia de esta Cámara en la materia queda circunscripta a los recursos directos deducidos contra los actos administrativos emanados de la Secretaría de Comercio Interior que impongan sanciones, por lo que queda fuera del ámbito de su conocimiento por esta vía de excepción toda otra decisión adoptada por ese órgano. Es con la sanción impuesta —que puede producir una lesión en los derechos del encartado— que queda éste facultado a pedir la protección jurisdiccional del Estado y habilitados los jueces de esta Cámara para valorar si se han respetado durante la sustanciación del sumario los principios y procedimientos previstos en la reglamentación vigente y, por ende, si la sanción ha sido aplicada de acuerdo a derecho (cfr. esta Sala, 16/2/92, "Tolosa, Ramón Rosa c/Colegio Público de Abogados s/queja").

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 45

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

"Banco Bansud S.A. c/ D.N.C.I. -Disp. 213/01 (Expte. 64-5930/98 yAC 64-5007/01). SENTENCIA, 131343/02 del 18 DE NOVIEMBRE DE 2003

Sumario nro. C0401902

SUMARIO

COMPETENCIA COMERCIAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DAÑOS Y PERJUICIOS

Corresponde entender a la Justicia en lo Comercial en la acción tendiente a obtener la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por las sucesivas reparaciones que tuvo un equipo de música en garantía.

Ello por cuanto, la ley de defensa del consumidor ha previsto por vía analógica la competencia mercantil en la materia.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala DE SUPERINTENDENCIA ()

ALVAREZ, Ana María c/ CETECO ARGENTINA SA s/ ORDINARIO s/ COMPETENCIA

SENTENCIA del 7 DE JULIO DE 2003

Sumario nro. K0024256

SUMARIO

COMPETENCIA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La ley 24.240 integra el derecho común por lo que no altera las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones en un caso en el cual decidió que una provincia no había excedido sus facultades al establecer la revisión judicial de las sanciones impuestas por la autoridad local ante el juzgado provincial del lugar donde se cometió la infracción, fundado en la autonomía de las provincias y lo dispuesto por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional (del dictamen de la Procuración General de la Nación de conformidad al cual resuelve la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Flores Automotores S.A. s/ recurso ley 2268/98" del 11/12/01) (Cons. III).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 75, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 03 (Grecco, Argento.)

"Sir Home SA c/ SIC y T-GCBA- RESOL 95/01 (Expte 174/00)".

SENTENCIA, 133685/0 del 29 DE SETIEMBRE DE 2004

Sumario nro. F0025403

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-COMPETENCIA DE PAZ-DERECHOS INDIVIDUALES-LEGITIMACIÓN PROCESAL-COMPETENCIA DE MENOR CUANTIA

Conforme a lo dispuesto en el art. 45 ultimo párrafo de la Ley Nro. 24.240, la Provincia de Río Negro ha organizado un sistema de protección integral de usuarios y consumidores asignándole al Poder Judicial en su primera instancia (justicia de paz) la resolución de los conflictos individuales vinculados con la resolución de controversias en la medida de la competencia de menor cuantía como así también de sanciones y multas derivadas de la misma (art. 63 inc. e de la Ley Nro. 2430, Orgánica del Poder judicial).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 45, LEY 2430 Art. 63

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNDAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. A0067177

SUMARIO

JURISDICCION Y COMPETENCIA-COMPETENCIA ORDINARIA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD CIVIL-RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL-ACTOS ILICITOS

La demanda interpuesta por una asociación de consumidores -con fundamento en la ley 24.240- a fin de diligenciar una serie de medidas previas a la promoción de una acción principal por los daños y perjuicios causados a los consumidores actuales y en defensa de los potenciales que verían en riesgo su salud y aún sus vidas —por la ingesta de alimentos afectados por la bacteria “escherichia coli”—, tiende básicamente a una reparación por responsabilidad extracontractual derivada de actos ilícitos y debe resolverse en el ámbito del derecho civil. —Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Mayoría: Petracchi, Belluscio, Boggiano, Maqueda, Highton de Nolasco. Abstención: Fayt, Zaffaroni, Lorenzetti, Argibay.)

Unión de Consumidores de Argentina c/ Arcos Dorados S.A. y otro s/ diligencias preliminares.

SENTENCIA, 719XLET del 29 DE MARZO DE 2005

Sumario nro. K0024255

SUMARIO

COMPETENCIA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Para la impugnación de un acto emanado del Secretario de Desarrollo Económico del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, autoridad local de aplicación de la ley 24.240 respecto de un hecho ocurrido en su jurisdicción resulta aplicable el procedimiento la norma local —ley 757— y teniendo en cuenta lo que ella dispone acerca de la jurisdicción, ete tribunal resulta incompetente para entender en la cuestión (en el mismo sentido: Sala IV de esta Cámara “Furlong S.A. c/ SIC y TGBA-Resol 350/98 -Expte. 35.531/98-”, del 4/12/01 y “Tintorería Sandoz SRL c/ SIC y TGBA- Resol 56/00 -Expte. 31788/00-” del 25/11/03) (Cons. II).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 03 (Grecco, Argento.)

“Sir Home SA c/ SIC y T-GCBA- RESOL 95/01 (Expte 174/00)”.

SENTENCIA, 133685/0 del 29 DE SETIEMBRE DE 2004

Sumario nro. Q0014013

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-COMPETENCIA DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

El acto administrativo traído a esta causa está sujeto a “revisión”, por la apelación que concede la Ley Nº 4219, habiéndose establecido que ese control en particular se confiere “para proscribir la discrecionalidad y prescindencia arbitraria de la ley”. Emanado el acto de un órgano de la Provincia — más allá de este procedimiento especial reglado por las leyes específicas— es cierto que siempre podrá, en el marco de la jurisprudencia seguida por el Cuerpo, ser objeto de la Acción Contencioso Administrativa de nulidad o de plena jurisdicción, para cuyo conocimiento es competente este Superior Tribunal, de acuerdo a la previsión del artículo 32 inciso 3 de Ley 37. Y no hay -por ende- gravamen irreparable.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 4.219., LEY 37 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 1205/81 Art. 32

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT

Sala PENAL (José Luis Pasutti Fernando Royer EX)

S.C. de T., L.C. SRL s - Infracción a la Ley 24.240 s/ Recurso de Apelación

SENTENCIA del 28 DE AGOSTO DE 2002

Identificación SAIJ: A0069666

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN-SISTEMA FEDERAL

En materia de protección de los consumidores, consagrada expresamente en la reforma de 1994, la Ley Fundamental establece la competencia concurrente entre Nación y provincias. El régimen federal y el principio de descentralización federal llevan a sostener esa conclusión (Disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Argibay)

Telefónica de Argentina S.A. s/ deduce inhibitoria.

SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2007

Identificación SAIJ: A0069670

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-SANCIONES ADMINISTRATIVAS-MULTA-COMPETENCIA PROVINCIAL

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 45 de la ley 24.240, la sanción de multa impuesta por la autoridad provincial de aplicación de conformidad con la ley 7087 de la Provincia de San Juan, es competencia de la justicia local (Disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 45, LEY 7.087

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL
(Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Argibay)
Telefónica de Argentina S.A. s/ deduce inhibitoria.
SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2007

Identificación SAIJ: A0069664

SUMARIO

RECURSO EXTRAORDINARIO-PROCEDENCIA DEL RECURSO: REQUISITOS; EXCEPCIONES-SENTENCIA DEFINITIVA-CUESTIONES DE COMPETENCIA-INHIBITORIA-MULTA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Si bien las cuestiones de competencia no habilitan la jurisdicción del art. 14 de la ley 48 por no estar satisfecho el recaudo de sentencia definitiva, ese principio admite excepción en los asuntos en que - como ocurre respecto del rechazo de la inhibitoria tendiente a que la Cámara Federal de Mendoza trate la apelación deducida contra la multa impuesta por la autoridad local de aplicación de la ley de defensa del consumidor- media denegación del fuero federal. -Del precedente "Telefónica Argentina SA" (Fallos: 327:5771), al que remitió la Corte Suprema-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 48 Art. 14

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL
(Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Argibay)
Telefónica de Argentina S.A. s/ deduce inhibitoria.
SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2007

Identificación SAIJ: A0069669

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INTERPRETACIÓN DE LA LEY-COMPETENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-COMPETENCIA FEDERAL-SANCIONES ADMINISTRATIVAS

El art. 45 de la ley 24.240, al atribuir competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o a las cámaras federales de apelaciones con asiento en las provincias, sólo se refiere a las sanciones administrativas impuestas por la autoridad nacional de aplicación; por ello quedan excluidas de ese precepto las sanciones administrativas que emanen de las autoridades provinciales, las cuales deben ser recurridas ante la justicia provincial (Disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 45

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL
(Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Argibay)
Telefónica de Argentina S.A. s/ deduce inhibitoria.
SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2007

Identificación SAIJ: A0069665

SUMARIO

COMPETENCIA POR LA MATERIA-COMPETENCIA FEDERAL-CUESTION FEDERAL-LEY NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONFLICTO DE NORMAS

Es competente la justicia federal si la correcta decisión sobre la apelación judicial interpuesta exige precisar el sentido y alcances de normas federales dictadas por el Estado Nacional en ejercicio de las facultades conferidas por la ley nacional de telecomunicaciones 19.798, así como discernir la posible compatibilidad entre ese marco normativo y el instituido por la ley 24.240 de defensa del consumidor, a tenor de lo dispuesto en el último apartado de su art. 25, ya que tales cometidos exceden los encomendados a los tribunales provinciales y se encuentran reservados a la jurisdicción federal *ratione materiae*. —Del precedente “Telefónica Argentina SA” (Fallos: 327:5771), al que remitió la Corte Suprema—.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 19.798, Ley 24.240 Art. 25

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL
(Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Argibay)
Telefónica de Argentina S.A. s/ deduce inhibitoria.
SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2007

XXIII | Acción de amparo

Sumario nro. N0021093

TEMA

AMPARO COLECTIVO-CONTRATO DE TURISMO-VENTA POR INTERNET-DEVOLUCION DE SUMAS-EMERGENCIA SANITARIA-CORONAVIRUS-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-LEGITIMACION PROCESAL

TEXTO

Corresponde revocar el fallo que había rechazado in limine la acción colectiva entablada por una asociación de consumidores contra una empresa de venta de pasajes y paquetes turísticos por internet, con el objeto de que se declare la ilegalidad de la acción de cobro de la totalidad de las cuotas comprometidas por los usuarios, que hubieran adquirido y cancelado como consecuencia de la Resolución 131/20 del Ministerio de Turismo y Deportes de la Nación, como condicionamiento para la devolución del importe total abonado, dado que la asociación actora identificó un hecho único que habría causado una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales, que serían todos los consumidores que requirieron la devolución de lo abonado como consecuencia de los contratos de servicios turísticos que habrían celebrado con la demandada, que se cancelaron por irrupción de la pandemia del virus Covid-19 y que, en función de la conducta reprochada, se encontrarían en la misma situación. En

consecuencia, la demanda interpuesta no sólo encuentra motivo en una causa común, sino que también es dirigida a los efectos colectivos o comunes que ese hecho habría generado, es decir, que la pretensión se habría enfocado en lograr la recomposición de la situación descripta para todos los integrantes del grupo.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala E (Miguel F. Bargalló - Ángel O. Sala - Hernán Monclá)
Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes (ACCUC) c/ Despegar.com.ar S.A. s/ amparo
SENTENCIA del 26 DE AGOSTO DE 2020

Sumario nro. N0021094

TEMA

AMPARO COLECTIVO-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-LEGITIMACION PROCESAL-EMERGENCIA SANITARIA-COVID 19-PROTECCION DEL CONSUMIDOR

TEXTO

En el caso, se aprecia que existe un fuerte interés estatal en la protección de la clase involucrada en la demanda colectiva, que autoriza, en principio, a conferir legitimación a la asociación actora para su promoción. En efecto, el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional establece que la acción de amparo podrá ser interpuesta "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". Y en este punto no es posible soslayar la situación excepcional, provocada por la pandemia del Covid-19, en el marco de la cual la actora dedujo el amparo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.43

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala E (Miguel F. Bargalló - Ángel O. Sala - Hernán Monclá)
Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes (ACCUC) c/ Despegar.com.ar S.A. s/ amparo
SENTENCIA del 26 DE AGOSTO DE 2020

Sumario nro. N0021095

TEMA

PROTECCION DEL CONSUMIDOR-RELACION DE CONSUMO-EMERGENCIA SANITARIA-COVID 19-SITUACION DE VULNERABILIDAD-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-TURISTA

TEXTO

La reciente Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo, estableció mecanismos específicos para los consumidores hipervulnerables, por las consecuencias provocadas en las relaciones de consumo por la emergencia sanitaria declarada como consecuencia del COVID-19. En dicha resolución se dispuso que a los fines previsto por el art. 1 de la Ley 24.240 se considerarán consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Asimismo se agrega, en el art. 2 de la citada norma, que podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, la condición de migrante o turista.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.1, Ley 24.240 Art.2

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL ala E (Miguel F. Bargalló - Ángel O. Sala - Hernán Monclá)
Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes (ACCUC) c/ Despegar.com.ar S.A. s/ amparo
SENTENCIA del 26 DE AGOSTO DE 2020

Identificación SAIJ : I0078841

TEMA

DERECHO A LA SALUD-PERSONAS CON DISCAPACIDAD-RELACION DE CONSUMO-DERECOS DEL CONSUMIDOR

El vínculo entre los litigantes cabe calificarse como una relación de consumo -arts. 42 de la Const. Nacional, 30 de la Constitución de la Pcia. de Entre Ríos, y 3 de la ley n° 24.240-, la que tiene como sujetos activo al afiliado consumidor y pasivo al Instituto proveedor -arts. 1 y 2 de la LDC- como objeto al servicio de salud contratado, y por causa al hecho jurídico del consumo final de la obligación de hacer acordada -art. 1 de la ley n° 24.240-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240 Art.1 al 2, Ley 24.240 Art.3, CONSTITUCION PROVINCIAL Art.30

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES CIVIL COMERCIAL , CONCORDIA, ENTRE RIOS
Sala 02 (Galimberti - Mansilla - De Urquiza)
G., N. R. en nombre y representación de su hijo menor R.E.G. c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Rios (I.O.S.P.E.R.) s/ Acción de Amparo (Expte. N° 1768)
SENTENCIA del 12 DE MAYO DE 2014
Nro.Fallo: 14080002

Identificación SAIJ: A0073175

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-RECHAZO *IN LIMINE*-MEDICINA PREPAGA-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-LEGITIMACIÓN PROCESAL-DERECOS DE INCIDENCIA COLECTIVA-FALLOS DE LA CORTE SUPREMA

Cabe confirmar la sentencia que rechazó *in limine* la demanda de amparo entablada por una asociación de consumidores contra una empresa de medicina prepaga, a fin de que provea de equipos de ventilación mecánica y accesorios para el tratamiento del "síndrome de apnea obstructiva severa" a todos sus afiliados que padezcan dicha enfermedad y requieran tratamiento, pues no concurre el presupuesto

mencionado en el precedente "Halabi" (Fallos:332:111) respecto a que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, ya que, conforme surge de la documentación acompañada y de los términos de la demanda, la pretensión se encuentra focalizada exclusivamente en las particulares circunstancias del actor y no en efectos comunes de un obrar de la demandada que pudiera extenderse a un colectivo determinado o determinable, correspondiendo en

consecuencia, rechazar la pretensión de la asociación de consumidores por carecer de legitimación activa, sin perjuicio de que la causa continúe su trámite respecto del co-actor afiliado.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Fayt)

Cavalieri, Jorge y otro c/ Swiss Medical S.A s/ amparo

SENTENCIA del 26 DE JUNIO DE 2012

Nro.Fallo: 12000096

Identificación SAIJ: A0073174

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-RECHAZO *IN LIMINE*-MEDICINA PREPAGA-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-FALLOS DE LA CORTE SUPREMA

Cabe confirmar la sentencia que rechazó *in limine* la demanda de amparo entablada por una asociación de consumidores contra una empresa de medicina prepaga, a fin de que provea de equipos de ventilación mecánica y accesorios para el tratamiento del "síndrome de apnea obstructiva severa" a todos sus afiliados que padezcan dicha enfermedad y requieran tratamiento, pues no concurre el presupuesto mencionado en el precedente "Halabi" (Fallos:332:111) respecto a la verificación de una causa fáctica común, toda vez que la asociación no ha logrado identificar la existencia de ese hecho — unico o complejo— que cause una lesión a una pluralidad relevante de sujetos, y de las constancias de la causa y de los dichos de los actores surge que el afiliado solicitó la provisión del equipamiento, necesario

para el tratamiento de la afección que padece, y que la demandada no dió respuesta a su reclamo, por lo que no se advierte que la situación planteada lesione intereses individuales homogéneos que la asociación pueda validamente defender, al no extraerse siquiera de manera indiciaria la intención de la prepaga de negarse sistemáticamente a atender planteos de sus afiliados semejantes a los del requirente.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Fayt)

Cavalieri, Jorge y otro c/ Swiss Medical S.A s/ amparo

SENTENCIA del 26 DE JUNIO DE 2012

Nro.Fallo: 12000096

Identificación SAIJ: K0026057

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-ACCIÓN DE AMPARO-LEGITIMACIÓN ACTIVA

La legitimación de las personas indicadas en el art. 43 de la C.N. entre las que se menciona a las asociaciones que propendan a la protección de los consumidores, se halla limitada a los supuestos en que se encuentren comprometidos derechos de incidencia colectiva, mas no derechos subjetivos, individuales o exclusivos de los ciudadanos, usuarios o consumidores. Además, el análisis efectuado no difiere del que se imponen los términos de la ley 24.240 (Cons. IV).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 43, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Grecco, Argento, Fernández.)

“Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A.-Ley 24.240 y otro s/
Amp. Proc. Sumarísimo (Art. 321 inc 2 C.P.C. y C.)”.

SENTENCIA del 16 DE JULIO DE 2008

Identificación SAIJ: K0026056

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-ACCIÓN DE AMPARO-LEGITIMACIÓN ACTIVA

Queda exceptuada de la legitimación contemplada en el art.43, segundo párrafo de la C.N. la protección de los derechos que son de carácter patrimonial puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados (Fallos: 326:2998 y 3007). En estos casos será cada individuo, titular del derecho lesionado quien podrá demandar su reparación. La reforma de 1994, de ningún modo, ha querido conferir legitimación para reemplazar a los particulares en la defensa de sus derechos patrimoniales. Es que la legitimación se encuentra condicionada a que la acción u omisión que se intenta cuestionar por vía judicial, provoque un perjuicio a un derecho supraindividual indivisible y no fraccionable en cuotas adjudicables a cada uno de sus titulares (Cons. V).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 43

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Grecco, Argento, Fernández.)

“Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A.-Ley 24.240 y otro s/
Amp. Proc. Sumarísimo (Art. 321 inc 2 C.P.C. y C.)”.

SENTENCIA del 16 DE JULIO DE 2008

Sumario nro. F0025386

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-CONSTITUCIÓN NACIONAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El supuesto previsto por el artículo 43, párrafo 2 de la Constitución Nacional presupone que el derecho o interés que aduce el afectado para entablar la acción de amparo presenta un adecuado nexo con su situación personal, que puede ser real como potencial y que no será exclusivamente de él.

En consecuencia, tal supuesto no es un caso de acción popular, pues la legitimación no se reconoce a cualquiera sino a quienes participan de un determinado interés colectivo como es clásico reconocer en el Derecho de los Consumidores.

Ello así, aun cuando todos quienes componen una sociedad compartan el mismo interés, pues en tal caso la legitimación no se inviste por ser cualquiera de ese grupo o sociedad, sino por participar en un interés tan amplio como cuantitativamente lo es el grupo o la sociedad.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 43

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNDAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. A0054754

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-ACCIÓN DE AMPARO-LEGITIMACIÓN ACTIVA - INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN-REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

La reforma de 1994 introdujo en la Constitución Nacional nuevos mecanismos tendientes a proteger a usuarios y consumidores. y, para ello, amplió el espectro de los sujetos legitimados para interponer la acción de amparo, que tradicionalmente se limitó a aquéllos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Moliné O'Connor, Boggiano, Vázquez. Mayoría: Belluscio, López, Bossert. Disidencia: Nazareno, Fayt, Petracchi.)

Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986.

SENTENCIA del 1 DE JUNIO DE 2000

Sumario nro. F0024347

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-PRODUCTOS TRANSGENICOS-ORDENANZAS MUNICIPALES-PUBLICACIÓN DE PRODUCTOS TRANSGENICOS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La AMPARISTA, recurre por sí, en el carácter de consumidora y en representación de CEDHA (Fundación Centro de Derechos Humanos y Ambiente) en amparo colectivo según la Ley Nro. 2779 y el art. 43 de la Constitución Provincial; peticionó ante el "juez de amparo" se condene "... a la Dirección de Inspección General de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche a que en un plazo no superior a sesenta días, produzca la lista con la nómina de productos transgénicos que se comercializan en su jurisdicción y provea de las mismas a los comercios correspondientes cumpliendo con las normas establecidas por la Constitución Nacional, la Ley de Protección del Consumidor y el art 1 de la ordenanza 1121 ...".

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 43, LEY 2779 Art. 4

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-BALLADINI-SODERO NIEVAS (SEGÚN SU FUNDAMENTO: LUTZ: F0024347, F0024348, F0024349, F0024350, F0024351, F0024352, F0024353, F0024354, F0024355 Y F0024356) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0024357, F0024358, F0024359, F0024360, F0024361, F0024362, F0024363, F0024364, F0024365, F0024366, F0024367, F0024368, F0024369, F0024370, F0024371, F0024372, F0024373, F0024374, F0024375, F0024376, F0024377, F0024378, F0024379,

F0024380, F0024381, F0024382, F0024383, F0024384, F0024385, F0024386, F0024387, F0024388, F0024389, F0024390, F0024391, F0024392 y F0024393))
B. S. A. s/ MANDAMUS
SENTENCIA, 0000000025 del 17 DE MARZO DE 2005

Sumario nro. D0012373

SUMARIO

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-ACCIÓN DE AMPARO-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INTERESES COLECTIVOS

En los que concierne a los derechos que protegen al consumidor, alcanzados por la tutela constitucional del amparo, la redacción del art. 43 de la C.N. exige hacer una aclaración. Al respecto, se ha precisado, con razón, que la ubicación contextual de la regla en el ámbito de protección de los derechos de incidencia colectiva determina que la tutela se encuentra dispuesta en relación con los derechos públicos de la sociedad y no con el de los particulares damnificados —que encuentran protección en el primer párrafo del artículo—, pues la utilización de la expresión “en general” pone de manifiesto que los supuestos mencionados anteriormente —como el de los consumidores—, son especies de derechos de incidencia colectiva (cfr. Humberto Quiroga Lavie, “El amparo, el habeas data y el habeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional”, en el libro “La Reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción”, Ed. Rubinzal-Culzoni, pag. 143).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 43

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Dra. María Susana Najurieta - Dr. Marín Diego Farrell - Dr. Francisco de las Carreras.)
UNIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES c/ EDESUR SA. s/ DAÑOS YPERJUICIOS.
SENTENCIA, 4762/03 del 17 DE JUNIO DE 2004

Sumario nro. F0025404

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INTERESES COLECTIVOS-ACCIÓN DE AMPARO-JUICIO SUMARIO-JUICIO SUMARISIMO

Jorge Mosset Iturraspe, en su obra “Defensa del Consumidor” de Ed. Rubinzal y Culzoni, se pregunta (cuál es la normativa que tutela al usuario? Y dice mientras los derechos del concesionario están defendidos en las normas privatizadoras y en los reglamentos de servicios - que constituyen, junto con los pliegos de privatización y los contratos de concesión o licencia, el “andamiaje” a partir del cual puede entenderse el vínculo contractual existente tanto entre el Estado y los prestadores, como entre éstos y sus clientes -, los derechos de los usuarios a tener tarifas más justas y razonables aparecen consagrados en la Ley Nro. 24.240 de Defensa al Consumidor, y pueden ejercerse por la vía sumaria o sumarísima, indudablemente para la defensa de los derechos de incidencia colectiva y no solamente por la vía del amparo, a la que alude la Constitución Nacional.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025330

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO: REQUISITOS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Sin perjuicio de la informalidad que caracteriza al instituto del art. 43 de la C.P., el legislador ha dictado reglamentaciones tales como la Ley Provincial Nro. 2779, que para el caso de autos se complementa con las Leyes Provincial Nro. 2817 y Nacional Nro. 24.240

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. Art. 43, LEY 2779, LEY 2817

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025376

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-LEGITIMACIÓN PROCESAL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

“La amparista DECOVI, goza en la Provincia de personalidad jurídica y el reconocimiento de la autoridad de aplicación de la Ley Provincial Nro. 2817 con la inscripción en el Registro de Asociaciones de Consumidores, además de ser declarada “...de interés provincial, social, educativo y comunitario...” en su actividad por parte de la Legislatura de la Provincia”.

Por tales motivos, el Tribunal se pronunció por la admisibilidad de la legitimidad invocada, circunstancia que llevó a ameritar procedente la acción en los términos en que inicialmente se propusieron y sin que comportara anticipo de criterio ni sobre la competencia, ni el fondo del asunto en orden a otros aspectos formales y esenciales.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 2817

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

Sumario nro. F0025398

SUMARIO

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-FUENTES DEL DERECHO-CONSTITUCIÓN NACIONAL-ACCIÓN DE AMPARO-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Siguiendo el orden jerárquico normativo, la decisión que debemos abordar se enmarca dentro del precepto de tutela judicial efectiva cuya fuente es el art. 8 de la Decl. Univ. de los Dchos. Humanos y el art. 8.1 de la Conv. Americana sobre Dchos. Humanos de jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 por imperio de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la C.N., reconocen el derecho de toda persona a la tutela judicial mediante la presentación de un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o dicha Convención.

Igualmente el art. 8 de la Decl. Univ. de Dchos. Humanos, también de jerarquía constitucional, reconoce a toda persona el derecho a un recurso efectivo contra los actos que violen los derechos fundamentales por ella reconocidos.

Luego, al incursionar en las específicas cláusulas constitucionales, los arts. 42 y 43 de la CN., que garantizan expresamente el derecho de los consumidores y usuarios y establecen la acción de amparo en su protección, respectivamente, sin perjuicio, del análisis de la Constitución Provincial y del propio sistema de protección de usuarios y consumidores de Río Negro que se realiza más adelante.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 75, Ley 24.658 Art. 8, CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. Art. 42 al 43, **128.TRA I 000000 1948 12 10** Art. 8

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025427

SUMARIO

PRIVATIZACIONES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CONSTITUCIÓN NACIONAL-ACCIÓN DE AMPARO-INTERESES COLECTIVOS-ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA

Alberto B. Bianchi, sostiene que desde la privatización de los servicios públicos se han revitalizado palabras como cliente, usuario, o consumidor. Mientras la mayoría de los servicios públicos fueron prestados por empresas estatales, la defensa de los derechos de los consumidores, clientes o usuarios de dichos servicios era una cuestión jurídicamente no desarrollada y prácticamente inexistente.

La reforma constitucional de 1994 ha sido clave en este terreno. No caben dudas —reitera— de que la unidad temática constitucionalizada en los artículos 41, 42 y 43, ha adquirido un brillo e interés singular que se propaga diariamente y con ella el interés una vez más por el estudio de los derechos de incidencia colectiva. El Artículo 43 de la Constitución ha incluido la protección de los derechos colectivos en el marco procesal del amparo.

Cabía preguntarse entonces si ésta es la única vía de protección que poseen o existe otra. La Corte resolvió el interrogante en “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina c. Pcia. de Buenos Aires”, (22-04-97), estableciendo que también procedía la acción meramente declarativa a esos fines.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 41 al 43

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNDAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025435

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO-CONSTITUCIÓN PROVINCIAL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONSTITUCIÓN NACIONAL

En nuestra Provincia, la situación se simplifica sustancialmente, y ya era así con anterioridad a la reforma de la Constitución Nacional del año 1994. En efecto el artículo 43 de la Constitución Provincial, texto vigente desde 1988 se prevé el derecho a promover la acción para el ejercicio de los derechos individuales y colectivos.

A su vez el ejercicio del amparo de los intereses difusos y derechos colectivos se encuentra regulado expresamente por la Ley Nro. 2779. En el artículo 2 de la citada norma provincial, se estatuye que el amparo procederá —entre otros supuestos— cuando se entable en relación con la protección y defensa de los derechos del consumidor, tanto de productos como de servicios de cualquier tipo, sean éstos públicos o privados, individuales o colectivos.

Además la misma norma prevé tres tipos soluciones: 1.- La acción de prevención; 2.- La acción de reparación en especie y 3.-La acción de reparación pecuniaria por el daño producido a la comunidad.- El presente resolutorio se inscribe en el marco preventivo (arts. 3 y 18 Ley 2779).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. Art. 43, LEY 2779 Art. 2 al 3, LEY 2779 Art. 18

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNDAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Identificación SAIJ: BM000271

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO: IMPROCEDENCIA-LEGITIMACIÓN ACTIVA-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-LUDOPATÍA

A los fines de obtener el aseguramiento de las páginas y/o sitios de Internet relacionados con el juego de apuestas, en todas sus modalidades, y realizar una prevención adecuada y efectiva sobre la ludopatía y sus consecuencias, la Asociación accionante cuenta con la legitimación necesaria para demandar en los términos del art. 55 de la ley 24.240.

Las Asociaciones de consumidores, constituidas como personas jurídicas, tienen legitimación para accionar cuando resulten objetivamente afectados, o amenazados intereses de los consumidores, entendiendo al jugador compulsivo como consumidor de los juegos de azar.

La acción de amparo, aun un criterio amplio de admisibilidad, no puede ser utilizada para sustraer de los procesos ordinarios el cauce o defensa de los derechos, pues la demora de los procesos ordinarios o comunes, es la situación común para todo individuo que petitiona el reconocimiento judicial de sus derechos.

No procede cuando no ha sido demostrada una restricción de los derechos constitucionales esgrimidos que resultarían irreparables por otra vía distinta, pues los derechos de la recurrente admiten la posibilidad de plantear una acción ordinaria con una medida cautelar, eventualmente más compatible con la exigencia y complejidad de la cuestión planteada. (del voto del Dr. Ferro, adhesión Dra. Torterolla, minoría Dr. Tazza)

DATOS DEL FALLO

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MAR DEL PLATA, MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

(Ferro Tazza Torterolla)

FUNDA-MENTAL c/ SECRETARIA DE COMUNICACIONES Y OTRO. s/ AMPARO (Reg. 13.168)

INTERLOCUTORIO, 9650 del 7 DE JUNIO DE 2007

.....
Identificación SAIJ: BM000269

SUMARIO

ACCIÓN DE AMPARO: IMPROCEDENCIA-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-LUDOPATIA-AMPLITYD DE DEBATE-VIA ESPECIFICA

La acción de amparo no está destinada a abreviar los plazos que generan las acciones ordinarias.

Este remedio excepcional no está destinado a obviar los inconvenientes y molestias que sufre todo aquel que decide impetrar una acción de índole ordinaria.

No es admisible -por razones de urgencia- que cualquier cuestión se someta a la consideración de los jueces por vía del amparo .

Los órganos judiciales deben evaluar en cada caso todas las circunstancias, y disponer lo que mejor se ajuste a los valores en juego, y a la necesidad de que las partes y el interés público no sufran daños evitables, o de difícil y ulterior reparación.

La amplitud proyectada en el art. 43 de la Constitución Nacional no llega a deparar al justiciable una opción libre para acudir al amparo, en reemplazo liso y llano de otras posibles vías judiciales.

Los de una petición que solicita asegurar paginas y/o sitios de Internet relacionados con el juego de apuestas en todas sus modalidades, y prevenir adecuadamente sobre la ludopatía y sus consecuencias implica que, no obstante la noble intención, se encuentre excedido el marco limitado de la acción de amparo, pues se trata de un aspecto que ha de requerir para una solución justa una mayor amplitud de debate y prueba. (del voto del Dr. Ferro, adhesión Dra. Torterolla, minoría Dr. Tazza)

DATOS DEL FALLO

CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MAR DEL PLATA, MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

(Ferro Tazza Torterolla)

FUNDA-MENTAL c/ SECRETARIA DE COMUNICACIONES Y OTRO. s/ AMPARO (Reg. 13.168)

XXIV | Ley aplicable

Sumario nro. N0021107

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PROCEDIMIENTO SUMARISIMO-JUICIO ORDINARIO-FACULTADES DEL JUEZ-DEFENSA EN JUICIO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Debe rechazarse la apelación deducida por la actora contra la resolución que determinó otorgar trámite de juicio ordinario a las actuaciones, habida cuenta que la modificación impuesta al art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor por el art. 26 de la Ley 26.361 (norma de orden público, art. 65, Ley 24.240), importa la facultad del juez para otorgar a aquellos procesos en los que se reclama con base en la ley de defensa al consumidor, un trámite de conocimiento más amplio que el sumarísimo contemplado en nuestro código ritual, puesto que existen supuestos en los cuales el proceso sumarísimo no resulta el trámite que mejor garantiza los derechos de las partes, en tanto que un proceso más amplio les permitiría defenderse plenamente. En consecuencia, la regla aparece aplicable al caso pues si bien se trata de un consumidor particular, éste invoca un perjuicio que podría afectar a los consumidores en general, lo que impone el análisis de un universo de situaciones a través de un período probatorio más amplio, por lo que los breves plazos dispuestos para la tramitación de un proceso sumarísimo resultan exigüos.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.53, Ley 24.240 Art.65, LEY 26.361 Art.26

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL (Matilde Ballerini - Maria Lilia Gomez Alonso de Díaz Cordero)
Portela Rodríguez, Myriam Clara c/ Banco Santander Río S.A. y otro s/ sumarísimo
SENTENCIA del 25 DE SETIEMBRE DE 2020

Sumario nro. B0962358

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-RECURSO DE QUEJA (PROCESAL)-ADMISIBILIDAD DEL RECURSO-RESOLUCIONES RECURRIBLES-DERECHO A LA SENTENCIA

TEXTO

El pronunciamiento que resolvió en el juicio ejecutivo una cuestión esencial como es la inaplicabilidad al caso del régimen protectorio de los consumidores y sus relevantes consecuencias, invocado por el demandado como sustento de las excepciones de incompetencia e inhabilidad de título, exige el cumplimiento de la formalidad constitucional del acuerdo previo y voto individual de los jueces (art. 168, Const de la Provincia); la ausencia de ellas ocasiona la nulidad.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Provincia de Buenos Aires Art.168

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Kogan - Soria - Pettigiani - Torres)
Luis Blanco S.A. c/ Castell, José s/ Cobro Ejecutivo
SENTENCIA del 29 DE JUNIO DE 2020

Sumario nro. C0410729

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD MEDICA-RESPONSABILIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS ASISTENCIALES-CONTRATO DE PRESTACIONES MEDICAS-LEY APLICABLE

TEXTO

Si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24.240 (art. 2), no ocurre lo propio con los contratos celebrados entre los pacientes y las clínicas que, en tanto importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos, deben regirse por esa normativa

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.2

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala A (Sebastián Picasso - Ricardo Li Rosi - Hugo Molteni)
F. M. G. y otros c/ Clínica Privada Monte Grande SA s/ interrupción de prescripción
SENTENCIA del 18 DE MAYO DE 2020

Sumario nro. J0045519

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-QUEJA-INADMISIBILIDAD DEL RECURSO-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DEPOSITO BANCARIO-DEPOSITO JUDICIAL

TEXTO

No puede trasponer el umbral de la admisibilidad recursiva el reproche de arbitrariedad normativa por apartamiento infundado de la Ley de Defensa del Consumidor, pues es notorio que los recurrentes se empeñan en imponer su propia interpretación de las normas en juego; mas con sus escasas alegaciones omiten hacerse cargo de demostrar la eventual irrazonabilidad de la exégesis propuesta por la Alzada en cuanto expuso -coincidiendo con la Jueza de primera instancia- que la mentada ley no resultaría de aplicación al caso porque el depósito bancario de marras no había tenido su origen en una relación de consumo sino en una orden judicial; interpretación ésta que, por lo demás, exhibe un criterio posible a la luz de la jurisprudencia que señala que la legislación referente a depósitos del sistema financiero no autoriza a interpretar que comprende a las relaciones jurídicas emergentes de los depósitos judiciales. (Del voto de la mayoría. En disidencia: Dr. Falistocco) - CITAS: CSJN: Fallos 330:971; CSJStaFe: AyS T 219, p 327/330, 331/335 y 398/402.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCCO)
MATA, STELLA MARIS c/ NUEVO BANCO DE SANTA FE S.A. s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 8 DE OCTUBRE DE 2019

Sumario nro. B0962021

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-APLICACION DE LA LEY

TEXTO

En virtud de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, el reclamo indemnizatorio de los daños derivados de un contrato de consumo celebrado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.994, debe resolverse de acuerdo con lo normado por la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240 y sus modificaciones posteriores), siendo aplicables las nuevas disposiciones a los efectos aún no producidos si resultan más favorables para el consumidor (conf. art. 7, Cód. Civ. y Com.).(doctor Genoud, sin disidencia)

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.7, Ley 24.240*

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Genoud - Negri - de Lázari - Soria)

Zubillaga, Osvaldo Martín y otro c/ Tapia, Mario Rubén y otros s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA del 29 DE MAYO DE 2019

Sumario nro. N0020092

TEMA

SECUESTRO DE BIENES-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-APLICACION DE LA LEY

TEXTO

Procede revocar la resolución mediante la cual, el juez a quo se declaró, de oficio, incompetente para entender en el secuestro prendario. Ello por cuanto, el único objeto de este proceso de secuestro es brindar apoyo jurisdiccional al acreedor prendario para hacer posible la facultad legal de entrar en posesión del bien prendado, sin que se halle previsto en su trámite intervención del deudor, estimase pues que la competencia debe resolverse a la luz de los criterios atributivos de jurisdicción de base legal contenidos en las específicas reglas aplicables al caso previstas en el art. 28 de la Ley de Prenda con Registro (Decreto ley 15348/46, ley 12962). A más, en un proceso como el presente, en donde no se habilita la intervención del deudor, no cupo ignorar la cláusula de prórroga de jurisdicción, pues una cuestión como ésta debe estar sujeta a la debida sustanciación y contradicción, las que, se reitera, no resultaron factibles en una acción de esta naturaleza.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Decreto Ley 15.348/46, Ley 12.962

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala A (Kolliker Frers - Uzal)

HSBC Bank Argentina SA c/ Morales Paula Cristina s/ secuestro prendario

SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2019

Sumario nro. N0020093

TEMA

SECUESTRO DE BIENES-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-APLICACION DE LA LEY

TEXTO

Al contener la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) reglas protectoras y correctoras que vienen a completar -no a sustituir- disposiciones en el ámbito del derecho privado con una protección del consumidor de carácter general, no desplaza normas contempladas en la ley especial aplicable, como lo es, el art. 39 de la Ley de Prenda, del que no se desprende resultado lesivo, a poco que se reflexione sobre los supuestos de hecho alcanzados con un análisis comprensivo del necesario equilibrio entre los intereses en juego.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 12.962 Art.39, Ley 24.240

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala A (Kolliker Frers - Uzal)
HSBC Bank Argentina SA c/ Morales Paula Cristina s/ secuestro prendario
SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2019

Sumario nro. J0045121

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-QUEJA-INADMISIBILIDAD DEL RECURSO-
INDEMNIZACION-PRESCRIPCION DE LA ACCION-LEY APLICABLE-LEY DE SEGUROS-LEY DE
DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL

TEXTO

Los planteos esgrimidos por el recurrente sólo traducen su discordancia con lo expuesto por la Sala, que -a fin de dar respuesta a los agravios del actor apelante que entendía no prescripta su acción para obtener la indemnización ante el acaecimiento de un siniestro, de acuerdo al contrato de seguro colectivo contratado, en virtud de la aplicación del artículo 50 de la Ley de Defensa del Consumidor (conforme la reforma introducida por la ley 26361)-, justificó que el presente se regía por lo dispuesto en el artículo 58, primera parte de la Ley de Seguros, sobre la base del razonamiento vertido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que no obstaba a la aplicación de esta última norma, la modificación introducida por Ley 26361 a la Ley de Defensa del Consumidor, puesto que una ley general posterior no deroga, ni modifica, implícita o tácitamente a la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad de los contratos de seguro. - REFERENCIAS NORMATIVAS: Ley 24240, artículo 50; Ley 26361; Ley 17418, artículo 58, primera parte.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 17.418 Art.56, Ley 24.240 Art.50, LEY 26.361

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - FALISTOCCO)
MOLINA, SERGIO c/ LA PERSEVERANCIA SEGUROS s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE
INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 6 DE AGOSTO DE 2019

Sumario nro. B0962084

TEMA

JUICIO EJECUTIVO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

En un plano de congruencia sistemática, que nace a partir de las disposiciones de la normativa constitucional, procedimental, cambiaria y consumeril, la aplicabilidad de la Ley de Defensa al Consumidor flexibiliza el andamiaje por el que discurre la pretensión ejecutiva respetando los principios de bilateralidad y defensa en juicio (arts. 18, Const. nac.; 15, Const. prov.; 34 inc. 5 apdo. "c" y 36 inc. 2 y concs., CPCC). En tal sendero, la indagación que pueda hacer el magistrado acerca de los aspectos sustanciales (es decir, sobre el negocio jurídico extracambiario que contiene un título ejecutivo), se corresponde con la armonización jurídica planteada y pone a resguardo los derechos informativos que amparan al consumidor (art. 42, Const. nac.). Por ello, es que en el ejercicio de las atribuciones que le confiere el ordenamiento ritual (arg. arts. 34 inc. 5 apdo. "c" y 36 inc. 2 y concs., CPCC), el juez puede encuadrar el asunto como una relación de consumo a fin de subsumirlo en el art. 36 de la ley 24.240

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Soria - de Lazzari - Negri - Genoud.)

Recupero on line S.A. c/ Vera, José Roberto s/ Cobro ejecutivo

SENTENCIA del 18 DE SETIEMBRE DE 2019

Sumario nro. N0020116

TEMA

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-COSTAS-APLICACION DE LA LEY

TEXTO

La ley 24240 no establece que las acciones que se promuevan en razón de la afectación de un derecho individual de un consumidor estén exentas del pago de las costas aun cuando haya sido condenado a sufragar dichas accesorias. Es que una vez franqueado dicho acceso, el litigante queda sometido a los avatares del proceso, incluido el pago de las costas, las que no son de resorte estatal, sino que constituyen una retribución al trabajo profesional de los letrados y demás auxiliares de justicia de carácter alimentario (CNCom, Sala E, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur Proconsumer c/ Sociedad Militar Seguro de Vida Institución Mutualistas/ Sumarísimo", del 30-9-15).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala E (Monclá - Sala - Bargalló)

Hambo Debora Raquel c/ CMR Falabella SA s/ sumarísimo

SENTENCIA del 29 DE MAYO DE 2019

Identificación SAIJ : Q0000765

TEMA

DIGESTO JURIDICO ARGENTINO-APLICACION TEMPORAL DE LA LEY-CODIGO CIVIL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

El criterio extremista que sostiene que la Ley de Defensa del Consumidor debe primar sobre el Código Civil ha quedado lisa y llanamente contradicho por la Ley 26.939 que sanciona el Digesto Jurídico Argentino y que consagra listados de normas derogadas expresa y tácitamente, entre las que no figura el Código Civil argentino, pues ello marca que lejos de la intención del legislador argentino actual ha estado la de supeditar la vigencia del Código Civil a la de la ley de consumo, por lo que ambos conservan ámbitos de validez y aplicación diferenciados.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES , TRELEW, CHUBUT

(Spoturno - Velázquez - López Mesa)

Alvarez, N.V. c/ Lautaro S.R.L. s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA del 8 DE JULIO DE 2014

Nro.Fallo: 14150004

Identificación SAIJ : Q0000768

TEMA

DIGESTO JURIDICO ARGENTINO-APLICACION TEMPORAL DE LA LEY-CODIGO CIVIL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Luego del dictado de la Ley 26.939 que sanciona el Digesto Jurídico Argentino, el Código Civil -ahora reenumerado y bajo otra nomenclatura- mantiene su ámbito diferenciado de imperio y su vigencia y no puede predicarse a su respecto argumentos fáciles como su derogación implícita por la Ley de Defensa del Consumidor, ya que el legislador indudablemente ha dispuesto y pensado lo contrario, a tan difundida como peregrina opinión.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES , TRELEW, CHUBUT

(Spoturno - Velázquez - López Mesa)

Alvarez, N.V. c/ Lautaro S.R.L. s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA del 8 DE JULIO DE 2014

Nro.Fallo: 14150004

Identificación SAIJ : Q0000769

TEMA

DIGESTO JURIDICO ARGENTINO-APLICACION TEMPORAL DE LA LEY-CODIGO CIVIL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Con el dictado de la Ley 26.939 que sanciona el Digesto Jurídico Argentino quedan superadas las argumentaciones que sostienen que el legislador de la ley modificatoria de la Ley de Defensa del Consumidor ha perforado el Código Civil o le ha acotado su ámbito de aplicación definitivamente y ya no puede tenerse a la ley del consumidor como corrección del Código Civil ni, mucho menos aún, como su interpretación o superación, pues son normas que conservan ámbitos de aplicación diferenciados, que deben contemporizarse o armonizarse y no cabe apuntocar el sacrificio liso y llano de uno por la otra.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES , TRELEW, CHUBUT

(Spoturno - Velázquez - López Mesa)

Alvarez, N.V. c/ Lautaro S.R.L. s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA del 8 DE JULIO DE 2014

Nro.Fallo: 14150004

Identificación SAIJ : Q0000764

TEMA

DIGESTO JURIDICO ARGENTINO-APLICACION TEMPORAL DE LA LEY-CODIGO CIVIL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RECURSO DE CASACION

Es inadmisibile el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que, ante la omisión del actor de intimar al cumplimiento del contrato conforme al art. 1204 del código Civil, rechazó la acción por los daños derivados de la resolución contractual, pues si bien el recurrente alega que sería aplicable la Ley de Defensa del Consumidor, por resultar una ley posterior que habría venido a interpretar al Código Civil, el legislador ha sancionado el Digesto de una sola y misma vez, lo que borra toda prelación temporal o preeminencia entre las normas, que ahora componen un todo vigente a un mismo tiempo.

REFERENCIAS

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES , TRELEW, CHUBUT

(Spoturno - Velázquez - López Mesa)

Alvarez, N.V. c/ Lautaro S.R.L. s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA del 8 DE JULIO DE 2014

Nro.Fallo: 14150004

Identificación SAIJ : Q0000767

TEMA

DIGESTO JURIDICO ARGENTINO-APLICACION TEMPORAL DE LA LEY-CODIGO CIVIL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Las posturas que sostienen que la ley de protección del consumo es posterior al Código Civil y por ello ha venido a interpretarlo, o que a dicha ley debe primar por sobre el citado Código, han quedado definitivamente de lado con la sanción de la ley 26.939, pues el legislador argentino ha sancionado el Digesto de una sola y misma vez, lo que borra toda prelación temporal o preeminencia fundada en ella entre normas, que ahora componen un todo vigente a un mismo tiempo.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES , TRELEW, CHUBUT

(Spoturno - Velázquez - López Mesa)

Alvarez, N.V. c/ Lautaro S.R.L. s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA del 8 DE JULIO DE 2014

Nro.Fallo: 14150004

.....

Sumario: SF000000

SUMARIO

EXCEPCION DE INCOMPETENCIA-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PRORROGA DE LA JURISDICCION-COMPRVENTA DE INMUEBLES

La excepción de incompetencia opuesta por el Estado Nacional a la acción de cancelación de hipoteca, iniciada por un ex trabajador al que le adjudicó una vivienda tras privatizarse la empresa estatal para la que laboraba, debe ser rechazada, pues si bien la competencia territorial es prorrogable cuando se trata de asuntos meramente privados o patrimoniales, ello es siempre y cuando no entre en juego la disposición contenida en el art. 36 in fine de la LDC que es de orden público, y en el caso surge con claridad el carácter de consumidor del actor y el hecho de que el demandado debe ser considerado como un proveedor ocasional, ya que en ocasión de la privatización generó una serie de negocios de compraventa inmobiliaria, máxime cuando se halla en juego el derecho de acceso a la vivienda digna y el excepcionante no precisa cual es el agravio que le generaría litigar en la provincia en que reside el accionante.

REF. NORMATIVAS:

Ley 24.240 Art.36

DATOS DEL FALLO

Fuente : SAIJ

CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE SALTA. SALTA.

(Rabbi Baldi Cabanillas - Villada)

Ramón, Ramiro Santiago c/ Estado Nacional, Ministerio de Defensa s/ Cancelación de hipoteca

SENTENCIA del 12 de Abril de 2012

Identificación SAIJ: J0035999

SUMARIO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: REQUISITOS PROPIOS-CUESTIÓN NO CONSTITUCIONAL-SENTENCIA SUFICIENTEMENTE FUNDADA-FACULTADES DEL JUEZ-INTERPRETACIÓN DEL DERECHO VIGENTE-APLICACIÓN DE LA LEY-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Corresponde rechazar la queja desde que no se configuran en la sentencia los vicios de incongruencia, dar como fundamentos pautas de excesiva latitud y exceso al fallar, ya que la decisión de la mayoría de aplicar en el presente litigio la Ley de Defensa al Consumidor nro. 24.240, no se observa como ilegítima o vulneratoria de los derechos de defensa y al debido proceso, en tanto constituye un derecho-deber funcional del juez aplicar al caso el régimen legal que considere adecuado para su resolución, en tanto no modifique ni altere los hechos en que la acción y su contestación se fundaron —*iura novit curia*—, derivándose justamente de la lectura de la sentencia el respeto por los hechos invocados y probados por las partes, si bien mediante una ponderación e interpretación contrarias a las pretendidas por el impugnante que una vez más sólo insinúa su discrepancia.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SANTA FE, SANTA FE

(SPULER - ERBETTA - GASTALDI - GUTIERREZ)

MARANA, MAURICIO JOSE c/ HERNANDEZ, JOSE LUIS Y/O CASTELNOVO, RICARDO A. s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD -DAÑOS Y PERJUICIOS (EXPTE.: C.S.J. NRO. 363 AÑO 2007)

SENTENCIA del 17 DE SETIEMBRE DE 2008

Sumario nro. K0023229

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: RÉGIMEN JURÍDICO-APLICACIÓN DE LA LEY

La regulación específica no impide que para los casos y situaciones no previstas respecto a la defensa del usuario del servicio se cubra el vacío legal mediante la aplicación supletoria o subsidiaria de la ley 24.240, situación que en autos no concurre. (Del voto del Dr. Coviello).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (Buján, Coviello, Licht (en disidencia).)

Sumario nro. K0023230

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-APLICACIÓN DE LA LEY-SECRETARIA DE COMERCIO E INVERSIONES-AUTORIDAD DE APLICACIÓN

La Secretaría de Comercio e Inversiones, autoridad de aplicación de la ley de Defensa del Consumidor, sólo sanciona a las entidades bancarias en tanto incumplen con los deberes que se les imponen en la ley 24.240 respecto de su relación con el cliente. Se la ha atribuido el ejercicio de la policía del consumo, independientemente de la repercusión que la actividad financiera de la entidad tenga en el mercado. Se centra —por el contrario—, en la relación directa Banco (como prestador de servicios) - cliente (como consumidor), y está a cargo del control de la actividad bancaria en aquello que se relacione con

la atribución conferida de velar por los derechos del consumidor a la ley de las previsiones contenidas en la ley 24.240. (Confr. Sala IV del fuero, en los autos "Banco Caja de Ahorro S.A. C/Sec. de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI. 2641/96", causa 10.905/97, del 10/2/00).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Damarco, Garzón de Conte Grand, Herrera.)

HSBC Banco Roberts S.A c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI Nº 622/99
SENTENCIA, 24.787 del 25 DE OCTUBRE DE 2001

Sumario nro. A0054849

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INTERPRETACIÓN DE LA LEY-LEY APLICABLE-DEFENSA DE LA COMPETENCIA: IMPROCEDENCIA

Las relaciones jurídicas que regula la ley 24.240 son estrictamente las referidas a las que se establecen con los consumidores y, por tanto, no necesariamente resultan aplicables las normas de competencia fijadas en la ley 22.262.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.262, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Mayoría: Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Boggiano, Bossert, Vázquez. Abstención: Nazareno, Fayt, López.)

Rodríguez Ruiz, Alberto c/ Clarín y otros s/ sumarísimo.
SENTENCIA, 859XXXV del 1 DE JUNIO DE 2000

Sumario nro. A0054850

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INTERPRETACIÓN DE LA LEY-LEY APLICABLE-DEFENSA DE LA COMPETENCIA: IMPROCEDENCIA

Los conflictos previstos en la ley 24.240 difieren de los que pueden darse entre los competidores desde un punto de vista estrictamente comercial, más allá de que ello pueda llegar a tener influencia o efectos en el consumidor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Mayoría: Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Boggiano, Bossert, Vázquez. Abstención: Nazareno, Fayt, López.)

Rodriguez Ruiz, Alberto c/ Clarín y otros s/ sumarísimo.

SENTENCIA, 859XXXV del 1 DE JUNIO DE 2000

Sumario nro. C0400325

SUMARIO

COMPRAVENTA INMOBILIARIA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-APLICACIÓN DE LA LEY-PROPIEDAD HORIZONTAL

La circunstancia de que el art. 1, inc. c) de la ley 24.240 contemple entre los supuestos regulados a los adquirentes de inmuebles nuevos destinados a vivienda no implica, que en el caso de inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, la defensa del consumidor deba aplicarse soslayando las previsiones de la ley 13.512.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 13.512, Ley 24.240 Art. 1

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala C (GALMARINI.)

STASEVICH, Graciela Beatriz y otro c/ VICENTE LOPEZ 356 S.A. s/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO

SENTENCIA del 17 DE FEBRERO DE 2000

Sumario nro. A0059301

SUMARIO

MEDICINA PREPAGA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-APLICACIÓN DE LA LEY

La actividad que realizan las empresas de medicina prepaga queda comprendida en la ley 24.240 (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, López. Disidencia: Belluscio, Petracchi, Bossert, Vázquez. Abstención: Boggiano.)

Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios.

SENTENCIA del 13 DE MARZO DE 2001

Sumario nro. K0023236

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-APLICACIÓN DE LA LEY-AUTORIDAD DE APLICACIÓN-
ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS-SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR

Conforme a lo prescripto en el art. 45 de la ley 24.240, la competencia de esta Cámara en la materia queda circunscripta a los recursos directos deducidos contra los actos administrativos emanados de la Secretaría de Comercio Interior que impongan sanciones, por lo que queda fuera del ámbito de su conocimiento por esta vía de excepción toda otra decisión adoptada por ese órgano.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 45

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 04 (Galli, Jeanneret de Pérez Cortés, Uslenghi.)

“Caja de Seguros S.A. -RQU c/ Dir. Gral. de Defensa y Protección al Consumidor

SENTENCIA, 26.589 del 9 DE ABRIL DE 2002

Sumario nro. K0023231

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-APLICACIÓN DE LA LEY-SECRETARIA DE COMERCIO E
INVERSIONES-AUTORIDAD DE APLICACIÓN-FACULTADES DEL JUEZ

Si bien la administración no puede atribuirse las facultades que la ley le ha otorgado al juez (art. 38 *in fine* de la ley 24.240), sí puede ordenar que la parte que confeccionó unilateralmente el contrato lo modifique adaptándolo a los términos de la ley de defensa del consumidor, sin que ello implique excederse en sus facultades y como paso previo a tenerlas por no convenidas, lo que a su vez reafirma el principio de que los contratos nacen para ser cumplidos (*pacta sunt servanda*) toda vez que, dando la posibilidad de que se adapten al marco legislativo, sus cláusulas pueden tener validez y sólo en caso contrario se las declarará no convenidas, solución que debe evitarse en mérito al principio señalado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 38

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Damarco, Garzón de Conte Grand, Herrera.)

HSBC Banco Roberts S.A c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI N° 622/99

SENTENCIA, 24.787 del 25 DE OCTUBRE DE 2001

Sumario nro. T0005295

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-IDENTIFICACIÓN DE MERCADERÍAS-RÓTULOS DE CALIDAD Y ORIGEN-APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY

1 - Infringe lo dispuesto por el art. 6 de la Res. ex SIC y M 173/99, reglamentaria de la ley de Lealtad Comercial, que obliga a todas las publicidades de los productos alcanzados por dicha Resolución a incluir, hasta el 30 de junio del año 2000, la expresión: “verifique la aptitud de sus productos frente al año 2000. Controle el alcance de su garantía” de manera que resulte clara y de fácil comprensión para el consumidor, quien en un aviso publicitario de una computadora omitió consignar dicha leyenda, que consiste en información de carácter obligatorio para tales equipos.

2 - Es irrelevante que al tiempo de dictarse la resolución administrativa apelada no se encontraba vigente aquel art. 6 citado pues, las normas como las que nos ocupan, por lo general, operan como normativa excepcional o temporal, y es del caso indicar que existe aval legal, lógico, doctrinario y jurisprudencial en la no aplicabilidad del principio de la ley más benigna a ese tipo de disposiciones, dado que la doctrina acepta la aplicación aún temporaria de las disposiciones menos favorables contenidas en la ley temporaria, a los hechos cumplidos durante su vigencia (Mezger, Tratado, Tomo I), y dichas posturas doctrinarias no distinguen entre leyes temporarias y excepcionales.

3 - La CSJN ha receptado favorablemente la posibilidad de que en leyes vinculadas al proceso económico no se aplique indiscriminadamente el principio de la retroactividad de la norma más benigna (art. 2 del CP), admitiendo la ultractividad de esas normas en resguardo —implícito en razón de la especificidad de la materia— del orden público económico y su consiguiente incolumidad.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art. 2

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONÓMICO, CAPITAL FEDERAL

Sala B (PIZZATELLI - HORNOS - GRABIVKER)

AUCHAN S.A. s/ Lealtad Comercial

SENTENCIA, 48028 del 19 DE JUNIO DE 2002

Sumario nro. K0023599

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-APLICACIÓN DE LA LEY-AUTORIDAD DE APLICACIÓN: ALCANCES-SECRETARIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La ley 24.240 instituye como autoridades de aplicación en la órbita administrativa no sólo a la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación sino también a los gobiernos nacionales y provinciales y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires —hoy Gobierno de la Ciudad— “respecto a los hechos sometidos a su jurisdicción”, sin perjuicio de las facultades concurrentes con la autoridad nacional —arts. 41 y 42 de la ley 24.240—.

Ello se refiere al ámbito administrativo ya que en cualquier caso, el juzgamiento judicial de las sanciones que se apliquen se rige por lo dispuesto en el art. 45 de la ley 24.240.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 41 al 42, Ley 24.240 Art. 45

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Garzón de Conte Grand, Herrera.)
"Cavi S.A. c/ SIC y T. GCBA Resol. 481/01".
SENTENCIA, 113501/02 del 28 DE AGOSTO DE 2003

Sumario nro. K0023600

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-APLICACIÓN DE LA LEY-AUTORIDAD DE APLICACIÓN:
ALCANCES

La circunstancia de que se acuerden a los gobiernos locales, en concurrencia con la autoridad nacional, facultades de aplicación en defensa del consumidor y del usuario comportan únicamente aplicar administrativamente normas federales con posibilidad de que se revise lo así resuelto por tribunales federales.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Garzón de Conte Grand, Herrera.)
"Cavi S.A. c/ SIC y T. GCBA Resol. 481/01".
SENTENCIA, 113501/02 del 28 DE AGOSTO DE 2003

Sumario nro. K0023601

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-APLICACIÓN DE LA LEY-AUTORIDAD DE APLICACIÓN:
ALCANCES-FACULTADES REGLAMENTARIAS

Las potestades reglamentarias en materia de procedimiento administrativo que se acuerdan a las provincias en el art. 45 *in fine* de la ley 24.240 no incluye la potestad de dictar normas de fondo ni de acceso a los tribunales judiciales, sino sólo

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Garzón de Conte Grand, Herrera.)
"Cavi S.A. c/ SIC y T. GCBA Resol. 481/01".
SENTENCIA, 113501/02 del 28 DE AGOSTO DE 2003

Sumario nro. F0025396

SUMARIO

APLICACIÓN DE LA LEY-LEY DE ORDEN PÚBLICO-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: EFECTOS-
INTERESES COLECTIVOS

Sostiene el autor Horacio L. Bersten que la L.D.C. es una ley de derecho común, tanto por modificar normas del Código Civil y del Código de Comercio, como por regular el comercio, así como por disposición de la propia norma —a la que expresamente se adhiriera la Provincia de Buenos Aires en su oportunidad— siendo derecho común, éste debe ser aplicado por los jueces de la Provincia.

Especialmente, teniendo en cuenta que se trata de una ley de orden público, tendrán que cumplir con la manda de la ley a este respecto. Por último, agrega el citado Bersten que cuando se trate de acciones para la prevención o solución de conflictos, si la demanda es acogida favorablemente por la

sentencia, el art. 28 del Código bonaerense estatuye que “beneficiará a todos los consumidores o usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio”, aun cuando el legitimado que la promueva fuere un consumidor o usuario individual, mediante un mecanismo expansivo de la cosa juzgada.

En el caso de las acciones promovidas por sujetos legitimados para las acciones de incidencia colectiva, el efecto erga omnes de las sentencias alcanzadas deviene del art. 43 de la Constitución Nacional así como del art. 52 L.D.C. - y en el caso de las asociaciones de consumidores por el art. 55 de esa misma ley - en razón de que el ordenamiento ha conferido esa posibilidad a ciertos sujetos como un mecanismo de control y participación ciudadana.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 43, Ley 24.240 Art. 52, Ley 24.240 Art. 55

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNDAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025422

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-APLICACIÓN DE LA LEY-FACULTADES DEL GOBIERNO NACIONAL-FACULTADES CONCURRENTES-FACULTADES DEL GOBIERNO PROVINCIAL-PODER DE POLICIA

Considero oportuno recordar lo señalado por Juan B. MATIENZO referido a las facultades de la Provincia y a la aplicación de la Ley Nro. 24420, con sus doce conclusiones:

1- Hay facultades concurrentes de las Provincias, que éstas pueden ejercer en subsidio frente al silencio de la autoridad nacional.

2.- Es inadmisibles que el orden público establecido en el Art. 65 Ley 24.240, ceda ante disposiciones en contrario contenidas en la legislación específica.

3.- La legislación específica de los servicios públicos domiciliarios debe armonizarse con la Ley de Defensa del Consumidor.

4.- La aplicación supletoria de esta ley no puede significar la violación del régimen tuitivo de los consumidores ni el olvido de los principios generales del derecho.

5.- La negativa de la concurrencia es incongruente e inarmónica con el espíritu del art.42 de la C. Nacional.

6.- Existen ámbitos en los cuales el poder de policía local se ejerce del modo previsto en el art. 41, ley de defensa del consumidor, sobre todo frente al reconocimiento generalizado del fracaso - al menos parcial - del sistema de los Entes Reguladores.

7.- Ni los Entes reguladores, ni los marcos regulatorios han estado a la altura de las expectativas de los usuarios.

8.- Las provincias no tienen una real participación activa en los entes reguladores.

9.- Es totalmente equivocado pensar que las provincias han delegado a la nación las facultades que les son reconocidas expresamente en los arts. 41, 52 y 53, Ley 24.240.

10.- Existe un estatuto del consumidor fundado en normas y principios del derecho privado patrimonial que son aplicables a la relación de consumo según lo previsto en los arts. 1 y 2 de la ley de defensa del consumidor, lo que permite resolver cuestiones no contempladas o dar la respuesta más favorable al consumidor.

11.- No se está ante un campo normativo ocupado con exclusividad por el Estado Nacional.

12.- Admitir la falta de control provincial sobre las empresas de servicios públicos favorecería la competencia desleal en beneficio de grandes grupos económicos.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240 Art. 1 al 2, Ley 24.240 Art. 41, Ley 24.240 Art. 52 al 53, Ley 24.240 Art. 65

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNDAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0017820

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-APLICACIÓN DE LA LEY-INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Así Farina, comentando el art. 10 de la Ley Nro. 24.240, ha dicho que: "Casi sorprendentemente, aparece en este Cap. III de la ley el art. 10 refiriéndose sólo al contrato de compraventa de cosas muebles, cuando sus disposiciones han de ser necesariamente aplicables a todos los tipos contractuales, incluyendo los innominados en la medida en que el adquirente merezca la tutela que brinda la Ley 24.240.

El art. 10 del decreto reglamentario así lo admite explícitamente en el inc. b), el cual se refiere a los contratos que tengan por objeto cosas o servicios. No entendemos por que razón no se adoptó una mejor técnica legislativa, pues este artículo debió referirse en general a todo contrato y no sólo a la compraventa.". Y respecto al art. 10 bis, ha dicho que: "El art. 2 de la Ley Nro. 24787 no aclara a que capítulos de la Ley Nro. 24.240 debe incorporarse el nuevo art. 10 bis.

Entendemos —y no queda duda— que su ubicación es en el cap. III, pues el cap. IV se refiere a "cosas muebles no consumibles" que presenten vicios o desperfectos, en tanto que el artículo incorporado contempla las consecuencias a cargo del empresario por el incumplimiento o mal cumplimiento de los contratos en general sea cual fuere la prestación debida. El art. 10 bis incluye no sólo el incumplimiento del contrato, sino también de la oferta; es decir, cuando el proveedor desconoce el carácter vinculante que ésta tiene."

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 10, Ley 24.787 Art. 2

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SUS FUNDAMENTOS: LUTZ: F0015374; F0020761; F0016188; F0017807; F0017808; F0017809; F0017810; F0017811; F0017812; F0017813;

F0017814; F0017815; F0017816; F0017817; F0017818; F0017819; F0017820; F0017821; F0017822;
F0017823; F0017824 y F0017825))

B., L. C. c/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LIMITADA DE SEGUROS GENERALES s/ RECURSO s/
CASACION

SENTENCIA, 0000000016 del 29 DE MARZO DE 2006

XXV | Derechos y garantías constitucionales

Sumario nro. J0048073

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-QUEJA-INADMISIBILIDAD-SENTENCIA NO
DEFINITIVA-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-JUICIO-TRAMITE-JUICIO ORDINARIO-
VIA SUMARISIMA

TEXTO

La resolución de la Cámara que confirma la resolución de baja instancia que considera que la causa debe tramitarse por la vía del juicio ordinario, carece del atributo de definitividad necesario para ser objeto del recurso extraordinario intentado; y si bien es cierto que tal principio admite excepción en los casos en que se demuestre claramente la existencia de un daño irreparable o de una situación que por su incidencia en los derechos de la recurrente haga indispensable arbitrar una solución excepcional y la recurrente alega que la resolución es definitiva y causa gravamen irreparable al clausurar para siempre la vía sumarísima exigida por la ley 24240 en armonía con la manda del artículo 42 de la Constitución nacional, de orden público, afectando el debido proceso y la defensa en juicio de la parte débil de la relación de consumo-, esto no es lo que se verifica en el sub judice toda vez que no se ha logrado demostrar la magnitud del perjuicio o las circunstancias de hecho que pudieran determinar la existencia de un gravamen de imposible o tardía reparación; circunstancia que no puede ser suplida con la mera invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas o alegando arbitrariedad de sentencia. - CITAS: CSJN: Fallos 308:1832; 95:79; 244:279; CSJStaFe: Ays T 70, p 136; T 92, p 416; T 97, p 197; T 107, p 149/152; T 114, p 491; T 117, p 367; T 120, p 309/314 y 320/324. - REFERENCIAS NORMATIVAS: Constitución nacional, artículo 42; Ley 24240; Ley 7055, artículo 1

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.42, Ley 24.240, Ley 7.055 Art.1

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - FALISTOCCO - ERBETTA)
LEDESMA, ANDRES SEBASTIAN c/ SANATORIO SAN MARTIN S.A. Y OTROS s/ QUEJA POR DENEGACION
DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 8 DE JUNIO DE 2021

Sumario nro. A0081815

TEMA

ORDENANZAS MUNICIPALES-RAZONABILIDAD-CONSTITUCIONALIDAD-LIBERTAD DE
COMERCIO-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

TEXTO

La ordenanza 1660/2014 de la Municipalidad de Arroyito -prohibición de

apertura de supermercados los días domingo no es irrazonable o desproporcionada, pues se encuentra orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos y de competencia material del municipio (tales como el fortalecimiento del vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancias de los supermercados, y los intereses de los consumidores) y la medida adoptada guarda proporcionalidad con tales fines, sin que se encuentre afectado el contenido esencial de la libertad de comercio, al habilitarse su ejercicio pleno en los restantes horarios disponibles (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti y voto del juez Lorenzetti).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti (según su voto) - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad
SENTENCIA del 20 DE MAYO DE 2021

Sumario nro. A0081816

TEMA

ORDENANZAS MUNICIPALES-RAZONABILIDAD-SUPERMERCADO-JORNADA DE TRABAJO-DESCANSO SEMANAL-LIBERTAD DE COMERCIO-DERECHOS DEL TRABAJADOR-PROTECCION DEL CONSUMIDOR

TEXTO

La ordenanza 1660/2014 de la Municipalidad de Arroyito -prohibición de apertura de supermercados los días domingo- no es irrazonable o desproporcionada, pues más allá del título dado a la norma -"descanso dominical del trabajador"-, su motivación refiere a diversos aspectos que exceden ostensiblemente cierta interpretación de la libertad de comercio o los derechos de los trabajadores y atañen, directamente, al desarrollo de la vida cotidiana de la comunidad, la necesidad y el interés público en mantener y fortalecer el vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes compatible con el resguardo de los márgenes de ganancias de los supermercados y los intereses de los consumidores, entre otros fines no menos relevantes (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti y voto del juez Lorenzetti).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti (según su voto) - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad
SENTENCIA del 20 DE MAYO DE 2021

Identificación SAIJ : A0076067

TEMA

LEY DE SERVICIOS DE COMUNICACION AUDIOVISUAL-INCONSTITUCIONALIDAD-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Resulta inconstitucional el artículo 45 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual 26.522, en lo relativo a los efectos que produce sobre los derechos de los usuarios que forzosamente se verán privados de los servicios de cable que prestan las actoras, entrando en abierta colisión con la libertad de elección que el artículo 42 de la Constitución Nacional expresamente reconoce (Del voto en disidencia del Dr. Carlos Fayt).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, LEY 26.522 Art.45

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti - Highton Nolasco - Fayt - Maqueda - Zaffaroni - Petracchi - Argibay)
Grupo Clarin S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ Acción meramente
Declarativa SENTENCIA del 29 DE OCTUBRE DE 2013
Nro.Fallo: 13000170

Identificación SAIJ: C1001999

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-BANCOS-JUEZ NATURAL-BANCO CENTRAL

La intervención de la Secretaría de Comercio Interior de la Nación, la Dirección General de Defensa del Consumidor, o del Banco Central, no puede ser causa de la invocada afectación de la garantía del juez natural, ya que no es posible concebir a esas instancias de la actividad administrativa como órganos judiciales. (Voto del Sr. Juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los Sres. Jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás. En sentido concordante ver voto del Sr. Juez Luis F. Lozano).

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)
Banco Cetelem Argentina SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado
INTERLOCUTORIO, 5639/07 del 25 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: C1001867

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-BANCOS-JUEZ NATURAL-BANCO CENTRAL

La intervención de la Secretaría de Comercio Interior de la Nación, la Dirección General de Defensa del Consumidor, o del Banco Central, no puede ser causa de la invocada afectación de la garantía del juez natural, ya que no es posible concebir a esas instancias de la actividad administrativa como órganos judiciales. (Voto del Dr. Julio B. J. Maier, al que adhieren los Dres. Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)
Banco Cetelem Argentina SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado
INTERLOCUTORIO, 5639/07 del 25 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: C1001724

SUMARIO

CRISIS ECONOMICA-DEFENSA EN JUICIO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Si la entidad bancaria pretendía oponer a la contraparte la modificación de determinadas cláusulas del contrato de crédito, con fundamento en una situación de emergencia económica coyuntural ajena al vínculo, debió convertirla en una causal de injerencia directa y general sobre el desarrollo de la obligación crediticia mediante los mecanismos que provee el ordenamiento. (Voto en disidencia del Dr. Luis F. Lozano).

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)

Banco Hipotecario SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

INTERLOCUTORIO, 5527/07 del 30 DE ABRIL DE 2008

Identificación SAIJ: K0026357

SUMARIO

CONSTITUCIÓN NACIONAL-DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La Constitución Nacional reformada consagró de manera expresa el derecho de los usuarios y consumidores, conforme resulta de sus artículos 42 y 43, estableciendo ciertos estándares de tratamiento que no podrían ser desconocidos por una norma infraconstitucional (Cons. V).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Constitución Nacional Art. 43

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala 05 (Gallegos Fedriani, Morán, Alemany.)

“Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN Secretaría de comunicaciones Dto. 764/00 s/ Amparo Ley 16.986”.

SENTENCIA del 30 DE JUNIO DE 2009

Sumario nro. K0023239

SUMARIO

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El consumidor es el principal sujeto del tejido social, acosado por la sociedad de consumo de la que la publicidad es uno de los principales artificios al influir decisivamente en la conformación de un “*modus vivendi*” que condiciona la existencia misma de los individuos.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL Sala 05 (Gracco, Gallegos Fedriani, Otero.)

Dinar Líneas Aéreas S.A c/ DNCI -Disp. 27/01 (Expte. 64-5113/99)

SENTENCIA, 5.059 del 4 DE FEBRERO DE 2002

Sumario nro. K0023602

SUMARIO

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: NATURALEZA JURÍDICA

La ley 24.240 es norma federal dictada en cumplimiento del mandato previsto en el art. 42 de la C.N.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Garzón de Conte Grand, Herrera.)

“Cavi S.A. c/ SIC y T. GCBA Resol. 481/01”.

SENTENCIA, 113501/02 del 28 DE AGOSTO DE 2003

Sumario nro. Q0013767

SUMARIO

CONTRATOS BANCARIOS-RESTITUCION DE SUMAS-DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-DERECHO DE PROPIEDAD-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La facultad de libre disponibilidad de los fondos depositados que, conforme al contrato bancario, tiene el titular de la cuenta, no es otra cosa que una de las múltiples manifestaciones del ejercicio del derecho de propiedad consagrado por la Constitución Nacional en sus artículos 14 y 17, y que atento al significado que al mismo le tiene dado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, halla también protección en otras mandas constitucionales, como lo es el artículo 42 C.N., introducido por la reforma de 1994 y referido a los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 14, Constitución Nacional Art. 17, Constitución Nacional Art. 42

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, ESQUEL, CHUBUT

Sala CIVIL (Carlos Margara-Randal Rowlands-VA)

P., E. del C. c/ B.CH. SA s/ Medida Autosatisfactiva

SENTENCIA, 07 del 25 DE MARZO DE 2002

Sumario nro. Q0015176

SUMARIO

GARANTÍAS PROCESALES-DEBIDO PROCESO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Si constitucional es la garantía del debido proceso, no lo es menos la de protección de los derechos del consumidor. No se trata de consagrar la absoluta primacía de una de ellas sobre la otra, sino de armonizarlas y, puesto a tal labor, el legislador logró conciliarlas, pues al dar protección a los derechos del consumidor resguardó suficientemente la garantía del debido proceso del productor de bienes y del prestador de servicios, pues les aseguró oportunidad de defensa, esto es de alegar y probar en su favor, como la tuvo aquí el recurrente al ser citado para formular su descargo y ofrecer pruebas, sin

que se configure violación alguna cuando el interesado no utilizó el medio de que en su momento dispuso. Viene a cuento recordar, también con palabras del más Alto Tribunal de la Nación, que la defensa en juicio no ampara la negligencia, ineficiencia o incuria de los litigantes.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, TRELEW, CHUBUT
Sala CIVIL (Carlos Velásquez-Juan Manino-AC)
F.I., L. c/ F.P.C.S. Ltda. y/o R., M. s/ Denuncia Ley Defensa del Consumidor
SENTENCIA, 29 del 21 DE AGOSTO DE 2003

Sumario nro. Q0015845

SUMARIO

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DEBIDO PROCESO

La sanción accesoria de publicación de la resolución condenatoria, tal como lo prevé el artículo 47, pfo. último de la ley 24.240, tiene la evidente finalidad de formar conciencia en la comunidad, no resultando la misma contraria a lo normado por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 18, Ley 24.240 Art. 47

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, TRELEW, CHUBUT
Sala CIVIL (Hipólito Giménez Sergio Lucero AC)
Dirección Defensa del Consumidor c/ S. "E.F" s/ Contencioso Administrativo
SENTENCIA, 0000000025 del 8 DE OCTUBRE DE 2003

Sumario nro. Q0015847

SUMARIO

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DEBER DE CUIDADO

El artículo 5 de la ley de Defensa del Consumidor viene a instalar una obligación legal de seguridad dirigida a todos los legitimados pasivos enunciados en su artículo 2, es decir a todos los "produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios", y el solo incumplimiento de dicha obligación preexistente a través de la presentación en góndolas de productos vencidos, genera la potencialidad de daño que habilita a tener por conculcado el sentido protectivo-prevencional de la norma.

Es decir, que el comercializador de los productos como lo es el sancionado recurrente, asume una obligación de origen legal acerca de la inocuidad del producto que se condice, además, con la teleología del derecho del consumidor y el artículo 5 de la ley 24.240 expresa el sentido protectivo que informa como principio central a la Ley.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 2, Ley 24.240 Art. 5

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, TRELEW, CHUBUT
Sala CIVIL (Hipólito Giménez Sergio Lucero AC)

Sumario nro. Q0015848

SUMARIO

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DEBER DE CUIDADO

Es dable señalar que no hace falta que se demuestre ni ganancia espuria ni tampoco el sólo afán de lucro u obtención de beneficio alguno, toda vez que se traduce el imperativo contenido en el artículo 5 de la ley 24.240 en un factor de imputación objetivo que se concreta con el solo incumplimiento de tal obligación legal.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 5

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, TRELEW, CHUBUT
Sala CIVIL (Hipólito Giménez Sergio Lucero AC)
Dirección Defensa del Consumidor c/ S. "E.F" s/ Contencioso Administrativo
SENTENCIA, 0000000025 del 8 DE OCTUBRE DE 2003

Sumario nro. D0012344

SUMARIO

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-HABEAS DATA-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-BANCO DE DATOS PERSONALES

La ley de protección de los datos personales o habeas data tiene por objeto, entre otros, garantizar el acceso a la información que se registre sobre las personas, de conformidad con lo establecido en el art. 43, tercer párrafo, Constitución Nacional (conf. art. 1 de dicha ley). El contenido del derecho aludido está dado por el acceso a los 'datos' cuyo conocimiento hace al objeto de la garantía del habeas data (conf. CS.; doctrina de fallos: 321:2767). Y dicho objeto es precisamente lo que la disposición contenida en el art. 15, inc. 1, ley 25.326 tiende a concretar (conf. Quiroga Lavié, H., "Habeas Data", p. 101). En efecto, la utilización de códigos en la información suministrada al titular de los datos es susceptible de provocar a éste indudables dificultades —quizás hasta un grado insalvable— a la hora de la lectura y comprensión de la información cuyo conocimiento pretende lograr. De este modo, la inteligencia que debe guiar la interpretación de la cláusula examinada es aquella que logre asegurar en la práctica el efectivo y eficaz acceso a la información sobre él registrada por parte del titular de los datos (art. 14, inc. 1, ley 25.326. Es criterio que inspira el art. 4, ley 24.240 —de Defensa del Consumidor—). En tales condiciones la eventual existencia de explicaciones que acompañen la información —la norma prevé "en su caso", es decir cuando la naturaleza de los datos así lo imponga— no exime al responsable del archivo de cumplir legalmente con su obligación (art. 14, inc. 2), esto es la eliminación de los sistemas de codificación frente al requerimiento del titular de los datos.

Es el acceso real a una información clara y simple lo que, en definitiva, permitirá el pleno ejercicio del derecho de rectificación, actualización o supresión (art. 16, inc. 1, ley 25.326).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 43, Ley 24.240 Art. 4, LEY 25.326 Art. 1, LEY 25.326 Art. 14, LEY 25.326 Art. 15, LEY 25.326 Art. 16

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Dra. Marina Mariani de Vidal - Dr. Eduardo Vocos Conesa.)

Orlando Mario Raúl c/ Organizaci3/4n Veraz S.A. s/ Hábeas Data(Art. 43 CN).

SENTENCIA, 571/2001 del 20 DE NOVIEMBRE DE 2001

Sumario nro. K0024267

SUMARIO

CONSTITUCIÓN NACIONAL-DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La ley 24.240, de Defensa del Consumidor, fue sancionada por el Congreso dentro de las facultades otorgadas por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional llenando un vacío existente en la legislación argentina, pues otorga una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales —los consumidores— recomponiendo, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios que se verían afectados ante las situaciones abusivas que se presentaban en la vida cotidiana (C.S.J.N., “Flores Automotores S.A. s/ recurso ley 2.268/98”, del 11/12/01 Fallos: 324:4349) (Cons.IV).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 75, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 03 (Grecco, Argentó.)

“Banco Francés S.A. c/ DNCI-DISP 264/02 (Expte 64-2684/98)”.

SENTENCIA, 6372/03 del 7 DE OCTUBRE DE 2004

Identificación SAIJ: F0026178

SUMARIO

LEGITIMACIÓN PROCESAL-PERSONAS JURIDICAS-SINDICATOS-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-COLEGIO PROFESIONAL-CONSTITUCIÓN NACIONAL

Desde la reforma constitucional de 1994 la legitimación de personas jurídicas que actúan en juicio invocando la defensa de derechos e intereses de sus miembros, como asociaciones de consumidores, sindicatos y colegios profesionales, ha sido admitida sin cortapisas pero en todos los casos asumiendo que la “legitimatio ad causam” deriva, precisamente, de la representación concreta del sector involucrado.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (BALLADINI-LUTZ-SODERO NIEVAS (Por sus fundamentos: Balladini: F0012529; F0012355; F0024265; F0024266; F0022786; F0026176 al F0026181) (En mayoría: Balladini y Sodero Nievas: F0026182 al F0026184) (En disidencia: Lutz: F0026185 al F0026187 y F0026190 al F0026193) (Opinión personal: Sodero Nievas: F0023395; F0024017; F0026188; F0026189; F0026194 y F0026195))

COMUNIDAD MAPUCHE "LOF LEUFUCHE" s/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD LEYES
PCIALES Nº 279, 1138, 4096, ORDENANZAS MUNICIPALES Nº 92/75 Nº 2583/97, DISPOSICION
ADMINISTRATIVA Nº 269 Y DECRETOS Nº 2094/75 Y 813/94
SENTENCIA, 0000000035 del 30 DE MARZO DE 2007

XXVI | Daño punitivo

Sumario nro. B0962562

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DAÑOS AL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde rechazar la demanda por daño punitivo iniciada contra una empresa por la ingesta de una galletita que contenía un hilo en su interior, toda vez que el actor no logra acreditar un daño resarcible, pues refiere daño en una pieza dental pero no acompaña prueba de que hubiera concurrido a ser asistido por un odontólogo, con relación al malestar estomacal se desprende que no debe haber sido tan intenso dado que recién concurre a un médico diez días después, por lo que no se advierte que el episodio pueda ser calificable como daño cierto.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , MERCEDES, BUENOS AIRES
(Emilio Armando Ibarlucía - Tomas Martín Etchegaray)
Abaria Pablo Daniel c/ Mondelez Argentina SA s/ daños y perj. incump. contractual
SENTENCIA del 23 DE MARZO DE 2021

Sumario nro. R0022527

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DAÑO PUNITIVO-PLAN DE AHORRO PREVIO

TEXTO

Corresponde hacer lugar al daño punitivo ya que las conductas desplegadas por el comerciante del plan de ahorro para acceder a un automotor (cláusulas declaradas abusivas, publicidad engañosa, violaciones al deber de información, desinterés en encontrar una solución pacífica en sede administrativa), constituyen prácticas desleales y antijurídicas que merecen ser severamente castigada, no sólo para desalentarla y prevenir, sino también para que no quede impune esta práctica intencional, y muy especialmente, para evitar que en virtud de ella, el proveedor obtenga una ventaja pecuniaria.

FALLOS

CAMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COM. Y CONTENC. ADM. 2da. NOM. , RIO CUARTO, CORDOBA
(José María Herrán-Carlos A. Lescano Zurro)
Conti, Adriana Stella Maris c/ Agro Alcanzar S.R.L. s/ abreviado
SENTENCIA del 26 DE FEBRERO DE 2020

Sumario nro. N0021071

TEMA

DAÑOS AL CONSUMIDOR-DAÑO PUNITIVO-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-
RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR-DOLO (CIVIL)-CULPA (CIVIL)-CULPA GRAVE

TEXTO

Cabe desestimar el reclamo por daño punitivo contra el fabricante y el comercio vendedor de un electrodoméstico sufrió diversas averías y nunca

fue reparado satisfactoriamente pese a los múltiples reclamos, puesto que dicho rubro tiene carácter verdaderamente excepcional y está reservado para casos en los que el sujeto hubiera actuado con dolo o culpa grave, no siendo suficiente el mero incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales con el consumidor, y si bien las manifestaciones del accionante demuestran su razonable disconformidad con los servicios prestados por las codemandadas como consecuencia de la adquisición del bien, pero no resultan suficientes para justificar la multa civil requerida.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala D (Pablo Damián Heredia - Gerardo G. Vasallo - Juan R. Garibotto)
Hernández Montilla, Jesús Alejandro c/ Garbarino S.A.I.C. E I. y otro s/ sumarísimo
SENTENCIA del 3 DE MARZO DE 2020

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala C (Machin-Villanueva)
Asociación por la Defensa de Usuarios Y Consumidores -Aduc- c/ Banco Comafi SA y otros s/ sumarísimo
SENTENCIA del 26 DE AGOSTO DE 2019

Sumario nro. B0962195

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DAÑO PUNITIVO-LEY APLICABLE

TEXTO

Debe rechazarse la multa civil contemplada en el art. 52 LDC (daño punitivo) ya que no es aplicable esta norma toda vez que no se puede considerar a los codemandados como organizadores profesionales de fiestas y debe considerarse el evento organizado por éstos como una fiesta ocasional con motivo del festejo de un cumpleaños y no un servicio, aunque hayan invitado en forma pública mediante las redes sociales y hayan cobrado una entrada para pagar gastos. La palabra profesional del art. 2 LDC remite a quien se dedica o desarrolla en forma habitual una actividad con fines comerciales y no está probado esto.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.2, Ley 24.240 Art.52

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , MERCEDES, BUENOS AIRES
Sala 01 (EMILIO ARMANDO IBARLUCIA - ROBERTO ANGEL BAGATTIN)
Gutiérrez Santiago Enrique c/ Yarte Agustín Nicolás y otros s/ daños y perjuicios extracontractual (exc. autom./estado)
SENTENCIA del 22 DE ABRIL DE 2020

Sumario nro. B0962027

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DAÑO PUNITIVO

TEXTO

La cuantificación del daño punitivo ha sido impuesta al juez por el art. 52 bis de la ley 24.240, quien la graduará teniendo en cuenta "la gravedad del hecho y demás circunstancias". De allí que la decisión que fija su monto sólo puede ser atacada en la instancia extraordinaria por medio de la denuncia de absurdo.(doctor Genoud, sin disidencia)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.52

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Genoud - Kogan - de Lázzari - Soria)

Umanzor Gonzalez, Maritza Jesús y otro c/ Peugeot Citroën Argentina S.A. y otro s/ Daños y perjuicios. Incumplimiento contractual

SENTENCIA del 21 DE AGOSTO DE 2019

Sumario nro. W0002780

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde rechazar la acción deducida por la cual se reclama el reintegro por servicios de sepelio no prestados y consecuente daño moral y punitivo derivado del incumplimiento, luego de que el hijo del actor falleciera en otra provincia y la demandada no brindara el servicio convenido, lo que obligó a contratar otro de tipo particular, toda vez que el actor no demostró la erogación efectuada, pues incluso al amparo de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, es él quien detenta la mejor posición para acreditar el pago que afirma haber efectuado, sin embargo, no lo acreditó por ningún medio.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SAN SALVADOR DE JUJUY, JUJUY
Sala 03 (ISSA - COSENTINI - CABALLERO)

Acción emergente de la ley del consumidor: Cháves, Miguel Ángel c/ Agencia Briones S.A. Servicios Sociales
SENTENCIA del 29 DE MARZO DE 2019

Identificación SAIJ : R0022402

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DAÑOS AL CONSUMIDOR

Resulta precedente al condena impuesta a una empresa fabricante de automotores y a la concesionaria de pagar una multa en concepto de daños punitivos por no dar solución a los desperfectos mecánicos sufridos por el automóvil cero kilómetro adquirido por el demandante, toda vez que de las pruebas de la causa surge que los vicios del vehículo, fallas en los neumáticos y en las cubiertas, comenzaron al poco tiempo de la entrega de una unidad y que, a pesar de los reclamos reiterados, no fueron solucionados, de modo que la conducta descripta evidencia una deliberada y contumaz actitud de incumplimiento por parte del demandado, configurándose los requisitos que tornan precedente la sanción consistentes en una conducta deliberada de la demandada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria (elemento subjetivo) y la existencia de un daño que supera el umbral que le confiera trascendencia social (elemento objetivo).

FALLOS

CAMARA 3ra DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA
(Ricardo Javier Belmaña - Walter Adrián Simes - Alberto Fabián Zarza)

Gonzalez, Dimas c/ Capillitas S.A. y otro s/ ordinario, daños y perjuicios otras formas de responsabilidad extracontractual

SENTENCIA del 5 DE JUNIO DE 2018

Nro.Fallo: 18160001

Identificación SAIJ : V0107032

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DAÑO PUNITIVO

Condena a una empresa de bebidas a abonar una multa por daño punitivo por la suma de \$500.000 a favor de una mujer que encontró una pila dentro de su botella de gaseosa. Considera que se debe tener "tolerancia cero" en estas

fallas de las líneas de producción si se trata de productos para consumo humano. Cuando se trata de la salud de los consumidores y está en juego la integridad psicofísica y la vida misma de las personas, la valoración de la conducta del proveedor o empresario no admite tolerancia, pues, la importancia de los bienes e intereses comprometidos no deja margen para el más mínimo error.

FALLOS

CAMARA EN LO CIVIL Y COMERCIAL COMUN , SAN MIGUEL DE TUCUMAN, TUCUMAN

Sala 02 (Benjamín Moisés - María del Pilar Amenábar- María Dolores Leone Cervera)

Esteban, Noelia Estefanía c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/ daños y perjuicios

SENTENCIA del 27 DE JULIO DE 2017

Nro.Fallo: 17240001

Identificación SAIJ : R0022322

TEMA

INDEMNIZACION-DAÑO MATERIAL-DAÑO PUNITIVO-TRATO DIGNO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Condena a una empresa que comercializa electrodomésticos y productos tecnológicos a indemnizar a un cliente que adquirió a través del servicio de ventas telefónicas un teléfono celular, color negro, y recibió, en su lugar, un aparato blanco, toda vez que la empresa demandada debía pagar no sólo el daño material ocasionado sino además el daño punitivo, puesto que la conducta de la firma podía calificarse como reñida con el trato digno exigido por la Ley de Defensa del Consumidor.

FALLOS

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL DE 47va NOMINACION , CORDOBA, CORDOBA (Fassetta)

Casas, Ramón Héctor c/ Frávega S.A.C.I E I. s/ Abreviado (SAC MULTIFUERO Expte. N° 6109365 - Antes SAC CIVIL N° 2827889/36)

SENTENCIA del 1 DE SETIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17160011

Identificación SAIJ : J0043162

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-QUEJA-INADMISIBILIDAD DEL RECURSO-SENTENCIA SUFICIENTEMENTE FUNDADA-TELEFONIA CELULAR-DERECOS DEL CONSUMIDOR-DAÑO MORAL-DAÑO PUNITIVO:IMPROCEDENCIA

No se vislumbra en el sub lite la existencia de una cuestión constitucional aprehensible que legitime el franqueamiento de la instancia excepcional ante esta Corte, desde que los extremos fácticos que se dicen soslayados fueron expresamente tenidos en consideración por la Alzada (aunque con un alcance distinto al postulado por el quejoso) y no se advierte arbitrariedad ni llega a ser puesta en disputa la razonabilidad de los fundamentos expuestos por la Sala para concluir que el reclamo de una deuda carente de causa (correspondiente a una línea telefónica y un equipo no solicitados) y el bloqueo de la línea preexistente y los informes de morosidad lucían suficientes para inferir la existencia de un daño moral ocasionado al actor; mas no procedía la aplicación de una multa civil, toda vez que ésta quedaba supeditada a la exigencia de una gravedad de conducta caracterizada por la presencia de dolo o de una grosera negligencia y el comportamiento de la demandada, si bien configuró un incumplimiento de la ley 24240, no permitía suponer sin más una particular intencionalidad susceptible de daño punitivo. (Del voto de la mayoría. En disidencia:

Dres. Erbetta y Falistocco)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.52 Bis

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCCO - ERBETTA)
MARCOLINO, JOSE ALFREDO c/ AMX ARGENTINA S.A. s/ QUEJA POR DENEGACION
DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 26 DE SETIEMBRE DE 2017
Nro.Fallo: 17090251

Identificación SAIJ : W0002673

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DAÑO MORAL

Corresponde confirmar el rechazo de las indemnizaciones por daño moral y punitivo reclamadas en el marco de una causa por cumplimiento de contrato en la que se condena a una concesionaria de autos a hacer entrega de una capota cubre caja accesorio a la camioneta adquirida, toda vez que la reparación del agravio moral se debe conceder con cierta estrictez, y quien lo reclama debe probar su cuantía o establecer las pautas de valoración que permitan su determinación, extremo que no se ha configurado en el caso, pues el hecho del inicio de la ejecución prendaria por parte de la demandada en virtud de la deuda generada por la actora al recurrir a la vía de la compensación de deudas descontando del importe pactado el costo del accesorio en cuestión, no sirve de sustento para la indemnización pretendida, entendiéndose que concederla implicaría la configuración de una confiscación o enriquecimiento sin causa a favor del reclamante.

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , SAN SALVADOR DE JUJUY, JUJUY
(De Langhe de Falcone - del Campo - Bernal - Jenefes - González)
Cornejo Arrechea, Lourdes c/ Fadia S.A. s/ Ordinario por incumplimiento contractual y daños y perjuicios.
SENTENCIA del 21 DE ABRIL DE 2016
Nro.Fallo: 16200002

Identificación SAIJ : R0022165

TEMA

DAÑO PUNITIVO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Procede la multa por daño punitivo a la empresa productora de una bebida en cuyo interior se encontró un cuerpo extraño, pues si bien puede no resultar significativa para la accionada, resulta apropiada para sostener el carácter preventivo y disuasivo de la multa, que se debería evidenciar en la búsqueda constante por parte de la accionada de mejorar el sistema automatizado y los controles humanos, para eliminar o reducir al máximo las fallas en la elaboración de productos de consumo masivo que han quedado expuestas, preservando así la salud y seguridad de los consumidores y la sociedad toda, conforme el postulado del art. 42 de la CN, a efectos de no tener que afrontar daños punitivos y la mala publicidad que ello ocasiona.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional (1994) Art.4

FALLOS

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA

(ALDO RAMON SANTIAGO NOVAK)

COLAZO MIGUEL ÁNGEL c/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G. s/

ABREVIADO - OTROS

SENTENCIA del 30 DE ABRIL DE 2015

Nro.Fallo: 15160010

Identificación SAIJ: Q0023393

SUMARIO

DAÑO MORAL-DAÑOS PUNITIVOS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El nuevo art. 52 de la LDC incorpora la figura del “daño punitivo”.

Se trata de una multa civil a favor del consumidor que puede establecer el Juez en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, aclarando la norma que es independiente de otras indemnizaciones que puedan otorgarse a favor del consumidor.

De hecho, la multa civil puede llegar a ser superior a la indemnización que pueda corresponder por daño moral y/o patrimonial, pues el art. 47 inc. b), al que remite el nuevo art. 52 de la LDC, establece una multa máxima de \$5.000.000.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 47, Ley 24.240 Art. 52

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT

Sala B (Nélida Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)

G., F. A. c/ A. A. SA s/ SUMARISIMO

SENTENCIA, 16-C-10 del 29 DE ABRIL DE 2010

Identificación SAIJ : R0022157

TEMA

DAÑOS PUNITIVOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Los daños punitivos sólo proceden de manera excepcional, y deben ser empleados con prudencia frente a una plataforma fáctica que evidencie claramente, no sólo una prestación defectuosa del servicio, sino también una intencionalidad de obtener provecho económico del accionar antijurídico, aun teniendo que pagar indemnizaciones, por lo que resulta necesario que alguien haya experimentado un daño injusto y que exista una grave inconducta, o que se haya causado un daño obrando con malicia, mala fe, grosera negligencia. Su procedencia requiere un elemento subjetivo que se identifica con una negligencia grosera, temeraria, con una conducta cercana a la malicia.

FALLOS

CAMARA 6ta DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, CORDOBA, CORDOBA
(Simes - Palacio De Caeiro - Zarza)

Raspanti, Sebastián c/ AMX Argentina S.A. s/ Ordinarios - Otros - Recurso de apelación Expte.
N° 1751961/36
SENTENCIA del 26 DE MARZO DE 2015
Nro.Fallo: 15160006

Identificación SAIJ : R0022154

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SERVICIO DE TELEFONIA MOVIL-DAÑOS PUNITIVOS
Resuelve multar a una empresa de telefonía móvil por el cobro del concepto "cargo de gestión por cobranza", pues implicó una modificación del contrato original y no consta la aceptación expresa del usuario, por entender que la conducta que asumió, tanto de manera extrajudicial como en el proceso, denota una notoria desatención a los reclamos y gestiones realizados por la actora, lo cual configura un incumplimiento contractual que debe ser sancionado a los fines de evitar este tipo de conductas desaprensivas e indiferentes frente a los derechos de los consumidores.

FALLOS

CAMARA 6ta DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, CORDOBA, CORDOBA
(Simes - Palacio De Caeiro - Zarza)
Raspanti, Sebastián c/ AMX Argentina S.A. s/ Ordinarios - Otros - Recurso de apelación Expte.
N° 1751961/36
SENTENCIA del 26 DE MARZO DE 2015
Nro.Fallo: 15160006

Identificación SAIJ : R0022156

TEMA

DAÑOS PUNITIVOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR
Ante determinadas situaciones lesivas, la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para desmantelar los efectos nocivos del ilícito, en particular, cuando quien daña a otro lo hace deliberadamente con el propósito de obtener un rédito o beneficio, tal sería el caso de los daños causados por productos elaborados, en los que al proveedor, fabricante o distribuidor le resulte más barato pagar las indemnizaciones a los consumidores que afrontar controles de calidad y/o cumplir acabadamente con una adecuada prestación del servicio.

FALLOS

CAMARA 6ta DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , CORDOBA, CORDOBA
(Simes - Palacio De Caeiro - Zarza)
Raspanti, Sebastián c/ AMX Argentina S.A. s/ Ordinarios - Otros - Recurso de apelación Expte.
N° 751961/36
SENTENCIA del 26 DE MARZO DE 2015
Nro.Fallo: 15160006

XXVII| Casos concretos

Sumario nro. A0082743

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-COSTAS-INTERPRETACION DE LA LEY-VOLUNTAD DEL LEGISLADOR-EXIMICION DE COSTAS

TEXTO

Una razonable interpretación armónica de los artículos 53 y 55 de la ley 24.240 (con las modificaciones introducidas por la ley 26.361) permite sostener que el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso, en tanto la norma no requiere a quien demanda en el marco de sus prescripciones la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente y solo en determinados supuestos, esto es en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.53, Ley 24.240 Art.55, LEY 26.361

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosatti - Rosenkrantz - Maqueda - Highton de Nolasco - Lorenzetti)

Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa ADDUC y otros c/ AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento SENTENCIA del 14 DE OCTUBRE DE 2021

Sumario nro. A0082744

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-COSTAS-EXIMICION DE COSTAS-INTERPRETACION DE LA LEY

TEXTO

Al brindar la ley de defensa del consumidor a la demandada -en ciertos casos- la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer el beneficio, queda claro que la eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser así, no se advierte cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosatti - Rosenkrantz - Maqueda - Highton de Nolasco - Lorenzetti)

Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa ADDUC y otros c/ AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento SENTENCIA del 14 DE OCTUBRE DE 2021

Sumario nro. A0082745

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-COSTAS-EXIMICION DE COSTAS-INTERPRETACION DE LA LEY-VOLUNTAD DEL LEGISLADOR

TEXTO

La voluntad expresada por los legisladores en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.361, demuestra la intención de liberar al actor de los procesos de defensa del consumidor de todos sus costos y costas, estableciendo un paralelismo entre su situación y la de quien goza

del beneficio de litigar sin gastos.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.361

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosatti - Rosenkrantz - Maqueda - Highton de Nolasco - Lorenzetti)

Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa ADDUC y otros c/ AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento

SENTENCIA del 14 DE OCTUBRE DE 2021

Sumario nro. A0082746

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-COSTAS-EXIMICION DE COSTAS-INTERPRETACION DE LA LEY-VOLUNTAD DEL LEGISLADOR-BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

TEXTO

Si los legisladores descartaron la utilización del término "beneficio de litigar sin gastos" en la normativa de defensa del consumidor no fue porque pretendieran excluir de la eximición a las costas del juicio, sino para preservar las autonomías provinciales en materia de tributos locales vinculados a los procesos judiciales.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosatti - Rosenkrantz - Maqueda - Highton de Nolasco - Lorenzetti)

Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa ADDUC y otros c/ AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento

SENTENCIA del 14 DE OCTUBRE DE 2021

Sumario nro. A0082275

TEMA

EXPENDIO DE MEDICAMENTOS-FARMACEUTICOS-DERECHO A LA SALUD-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-ANIMO DE LUCRO

TEXTO

La presencia de un director técnico farmacéutico no basta para garantizar el derecho a la salud de los consumidores, en tanto el ánimo de lucro de una persona que no sea farmacéutico no está mitigado de modo equivalente al de los farmacéuticos autónomos pues la subordinación del farmacéutico trabajador por cuenta ajena al titular de la farmacia podría implicar que aquel no pueda oponerse a las instrucciones del titular (Voto de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Highton de Nolasco - Lorenzetti - Irurzun (Conjuez - según su voto) - Sotelo de Andreau (Conjueza - en disidencia))

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Farmacity S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley

SENTENCIA del 30 DE JUNIO DE 2021

Sumario nro. A0082277

TEMA

EXPENDIO DE MEDICAMENTOS-FARMACEUTICOS-PROTECCION DEL CONSUMIDOR

TEXTO

La función que cumple el farmacéutico no se limita a la venta de

medicamentos, también efectúa otras prestaciones como comprobar las prescripciones médicas, elaborar preparados farmacéuticos y asesorar a los consumidores para garantizar el buen uso de los medicamentos, por lo cual es de gran importancia el asesoramiento que se brinda en los supuestos de medicamentos que no requieren receta médica (venta libre) y en esta situación, el paciente/consumidor solo puede confiar en las informaciones que le dé el farmacéutico, para lo cual resulta determinante que el asesoramiento sea independiente y objetivo (Voto de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Highton de Nolasco - Lorenzetti - Irurzun (Conjuez - según su voto) - Sotelo de Andrau (Conjueza - en disidencia))
Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Farmacity S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/
pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley
SENTENCIA del 30 DE JUNIO DE 2021

Sumario nro. N0022457

TEMA

MEDIDAS CAUTELARES-DELITOS INFORMATICOS-PHISHING-PROTECCION DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Con el fin de evitar que sea el consumidor quien deba soportar las consecuencias de un eventual ilícito cometido por un tercero aprovechando los riesgos del sistema, debe mantenerse la situación preexistente a ese eventual ilícito, de modo tal que sus consecuencias no queridas no recaigan sobre la parte más débil de las dos que deben considerarse igualmente víctimas.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Eduardo R. Machín - Julia Villanueva)
Koslowicz, Alejandra Verónica y otro c/ Banco BBVA Argentina S.A. y otro s/ sumarísimo s/ inc. art. 250
SENTENCIA del 16 DE JULIO DE 2021

Sumario nro. A0081530

TEMA

ACCIONES COLECTIVAS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ACUERDO CONCILIATORIO-HOMOLOGACION DEL ACUERDO-DEBERES DEL JUEZ

TEXTO

Toda vez que los acuerdos conciliatorios constituyen un elemento fundamental en el ámbito de los procesos colectivos, corresponde exigir a los magistrados del Poder Judicial y a los funcionarios del Ministerio Público que evalúen cuidadosamente los acuerdos que se presenten para su homologación (art. 54, ley 24.240) de modo de evitar los efectos perniciosos que la ausencia del cumplimiento de las exigencias señaladas pueda generar en los derechos involucrados (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco). -La Corte, por mayoría, declaró inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 del CPCCN) -

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.280, Ley 24.240 Art.54

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa ADECUA c/ Banco Privado de Inversiones S.A. s/ ordinario
SENTENCIA del 29 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. A0081531

TEMA

ACCIONES COLECTIVAS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ACUERDO CONCILIATORIO-
HOMOLOGACION DEL ACUERDO-DEBERES DEL JUEZ-NOTIFICACION

TEXTO

De modo previo a evaluar los términos del acuerdo conciliatorio en un proceso colectivo resulta esencial que el juez determine si se está en presencia de uno de tal tipo y de ser así, es indispensable que se evalúe si la composición del colectivo resulta clara y si quien se presenta como representante reúne los caracteres que garantizan que podrá ejercer correctamente la defensa de los derechos en cuestión y, por lo tanto, amerita ser considerado el representante adecuado; asimismo es necesario que arbitre un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en los términos del convenio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera de él como la de, eventualmente, formular observaciones u objeciones (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco). -La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 del CPCCN)-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.280

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa ADECUA c/ Banco Privado de Inversiones S.A. s/ ordinario
SENTENCIA del 29 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. A0081532

TEMA

ACCIONES COLECTIVAS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ACUERDO CONCILIATORIO-
HOMOLOGACION DEL ACUERDO-DEBERES DEL JUEZ-NOTIFICACION

TEXTO

En los procesos colectivos los jueces deben extremar el cuidado para evitar homologar convenios en los que los diversos aspectos propios de este tipo de procesos (tales como la notificación a los miembros del colectivo, los mecanismos para ejercer el derecho de exclusión o los derechos emergentes de la propuesta transaccional) aparezcan combinados de un modo que genere resultados disfuncionales o que frustre la efectiva realización de los derechos que surgen de lo pactado (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco). -La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 del CPCCN)-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.280

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa ADECUA c/ Banco Privado de Inversiones S.A. s/ ordinario
SENTENCIA del 29 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. A0081533

TEMA

ACCIONES COLECTIVAS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ACUERDO CONCILIATORIO-
HOMOLOGACION DEL ACUERDO-DEBERES DEL JUEZ

TEXTO

En los procesos colectivos los jueces deben determinar si los términos propuestos en los acuerdos conciliatorios resultan justos, adecuados y razonables y a tales efectos, deberán considerar, entre otros factores: la verosimilitud de la pretensión deducida; la complejidad jurídica del caso y su dificultad probatoria; las ventajas de obtener un remedio en lo inmediato, en comparación con el tiempo y los costos que insumiría demostrar la razón en juicio, en la hipótesis de éxito del reclamo; y la mayor o menor dificultad relativa de los miembros del colectivo para acceder a los derechos que el acuerdo les reconoce (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco). -La Corte, por mayoría, declaró inadmisibles los recursos extraordinarios (art. 280 del CPCCN) -

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.280

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa ADECUA c/ Banco Privado de Inversiones S.A. s/ ordinario
SENTENCIA del 29 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. A0081534

TEMA

ACCIONES COLECTIVAS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ACUERDO CONCILIATORIO-
RESTITUCION DE SUMAS-COSA JUZGADA-EXCESO RITUAL MANIFIESTO

TEXTO

Es arbitraria la decisión que rechazó las medidas complementarias solicitadas por la actora tendientes a fortalecer la difusión del acuerdo alcanzado en el marco de una acción colectiva, por el cual la demandada debía reintegrar las primas de seguros cobradas en demasía a los clientes y exclientes, con sostén en la existencia de cosa juzgada, si ello se presenta revestido de un excesivo ritualismo y de una inadecuada valoración de aspectos relevantes del proceso, amén de que soslaya disposiciones procesales y de orden público de ineludible ponderación en el ámbito de las relaciones de consumo (art. 42, CN; y ley 24.240). -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-. -La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró inadmisibles los recursos extraordinarios (art. 280 CPCCN) -

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.42, Ley 17.454 Art.280, Ley 24.240

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Cruzada Cívica p/la Def. de. C. y U.S.P. c/ GPAT
Compañía Financiera S.A. y otros s/ sumarísimo
SENTENCIA del 29 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. A0081538

TEMA

ACCIONES COLECTIVAS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ACUERDO CONCILIATORIO-
RESTITUCION DE SUMAS-NOTIFICACION-NULIDAD DE SENTENCIA

TEXTO

Habiendo reconocido la accionada el derecho de los ex clientes al reintegro de lo abonado en exceso y habiéndose verificado el fracaso del sistema de publicidad previsto en el acuerdo -patentizado en la presentación de sólo diecinueve solicitudes de reintegro, en un universo total cercano a los ochenta y nueve mil ex clientes-la negativa de los jueces a considerar

medidas complementarias dirigidas a fortalecer su difusión se revela irrazonable y consecuentemente, debe ser descalificada como acto jurisdiccional. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-. -La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.280

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Cruzada Cívica p/la Def. de. C. y U.S.P. c/ GPAT Compañía Financiera S.A. y otros s/ sumarísimo

SENTENCIA del 29 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. A0081540

TEMA

ACCIONES COLECTIVAS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ACUERDO CONCILIATORIO-
RESTITUCION DE SUMAS-NOTIFICACION

TEXTO

El art. 54 de la ley 24.240, tocante a la homologación de acuerdos en acciones colectivas, dispone que la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas y, de no ser ello posible mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación, previendo además, para el caso de que no pudieran ser individualizados, que el juez fije el modo en que se instrumentará el resarcimiento, en la forma que más beneficie al grupo. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-. -La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.280, Ley 24.240 Art.54

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Cruzada Cívica p/la Def. de. C. y U.S.P. c/ GPAT Compañía Financiera S.A. y otros s/ sumarísimo

SENTENCIA del 29 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. A0081537

TEMA

ACCIONES COLECTIVAS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DEBERES DEL JUEZ

TEXTO

Frente al interés general involucrado en las acciones de incidencia colectiva y a la ausencia de una norma integral que las regule, se impone un plus en la intervención de los jueces en orden a la dirección de estos litigios, que atienda al fin tuitivo que rige en la materia y posibilite el conocimiento por parte de los consumidores de los pleitos iniciados para resguardar sus intereses; ello a los efectos de tutelar a las partes más vulnerables en las relaciones de consumo, equilibrando las asimetrías que existen en los vínculos entre los agentes del mercado. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-. -La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró inadmisibles el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.280

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Highton de Nolasco (en disidencia) - Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)
Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Cruzada Cívica p/la Def. de. C. y U.S.P. c/ GPAT
Compañía Financiera S.A. y otros s/ sumarísimo
SENTENCIA del 29 DE ABRIL DE 2021

Sumario nro. N0021131

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-JUICIO SUMARISIMO

TEXTO

Cabe revocar el fallo que determinó que el reclamo del actor, fundado en la Ley 24.240, tramite por la vía ordinaria, dada la complejidad y envergadura económica de las cuestiones sometidas a debate y, en consecuencia, el proceso deberá continuar como juicio sumarísimo. La Ley de Defensa del Consumidor, en su art. 53, establece que a los juicios promovidos con fundamento en esa normativa se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente y de ello se desprende que el procedimiento sumarísimo resulta ser la premisa general, a la vez que el apartamiento de la regla sólo procedería ante la petición de parte y la mediación circunstancias especiales que justifiquen excepcionar el abreviado. Por lo tanto, ante la inexistencia de petición expresa tendiente a procurar la ordinarización del proceso, debe revocarse lo decidido en la instancia anterior.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.53

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Alejandra Noemí Tévez - Rafael Francisco Barreiro - Ernesto Lucchelli)
Tazzi, Matías Ezequiel c/ First Data Cono Sur S.R.L. y otro s/ ordinario
SENTENCIA del 31 DE MARZO DE 2021

Sumario nro. K0029212

TEMA

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-LEGITIMACION
PROCESAL-DEFENSOR DEL PUEBLO-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

TEXTO

Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos son ejercidos por el Defensor del Pueblo, las asociaciones que concreten el interés público y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes: 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; y la pretensión debe estar focalizada en la incidencia colectiva de este derecho.

FALLOS

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala DE FERIA (Walter Lara Correa)
Asociación Unión de Consumidores Argentina UCA c/ AMX Argentina SA y otros s/ proceso de conocimiento
SENTENCIA del 26 DE ENERO DE 2021

Sumario nro. K0029211

TEMA

HABILITACION DE FERIA JUDICIAL-AMPARO COLECTIVO-ASOCIACIONES DE
CONSUMIDORES-CORTE DEL SERVICIO-INTERNET-TELEVISION POR CABLE-SERVICIO DE

TEXTO

Corresponde habilitar la feria judicial para el tratamiento de una acción colectiva iniciada por una asociación de consumidores con el objeto de ampliar el universo de usuarios de Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones beneficiados por el Decreto 311/2020, y extender estos beneficios mientras dure la pandemia y la vigencia de la norma, dado que la encuadra como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos definidos por la Corte Suprema en el precedente Halabi, Ernesto c/ P.E.N ley 25.783-dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986, del 24/02/2009. Asimismo, la solicitud no está dirigida a la protección de un bien indivisible, ni se circunscribe a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, en principio, por la índole de los derechos en juego, sería representativa de los intereses del colectivo involucrado, que en el caso se identifica como todos los usuarios de los servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Decreto de Necesidad y Urgencia 311/2020

FALLOS

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala DE FERIA (Walter Lara Correa)
Asociación Unión de Consumidores Argentina UCA c/ AMX Argentina SA y otros s/ proceso de conocimiento
SENTENCIA del 26 DE ENERO DE 2021

Sumario nro. N0021122

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-MEDIACION OBLIGATORIA-HOMOLOGACION DEL ACUERDO-HOMOLOGACION JUDICIAL

TEXTO

Debe confirmarse el fallo que determinó que para continuar con el trámite de las actuaciones, debía cumplirse con la instancia de mediación previa establecida en el art. 1 de la Ley 26.589, habida cuenta que, como la normativa en la materia no contempla como exclusión casos que versen sobre derechos de consumidores, resulta imperativo el cumplimiento de la instancia de mediación. Asimismo, nada obsta a que los intereses de los usuarios o consumidores involucrados puedan ser debidamente tutelados con la intervención ulterior del Ministerio Público cuando el eventual acuerdo deba ser homologado judicialmente, procedimiento también obligatorio en atención a que debe efectuarse mediante resolución judicial fundada.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.589 Art.1

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala D (Pablo Damián Heredia - Gerardo G. Vassallo - Juan R. Garibotto)
Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.U. s/ sumarísimo
SENTENCIA del 5 DE NOVIEMBRE DE 2020

Sumario nro. A0080256

TEMA

SENTENCIA ARBITRARIA-MINISTERIO PUBLICO FISCAL-INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO-FUNDAMENTACION DE SENTENCIAS-DEFECTOS EN LA FUNDAMENTACION
NORMATIVA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Es arbitraria la sentencia que omitió darle intervención previa al Ministerio Público Fiscal en tanto con ello el a quo dejó de lado las disposiciones legales aplicables (artículos 120 de la Constitución Nacional, 52 de la ley 24.240 y 2º inc. e y 31 de la ley 27.148), sin dar motivos valederos, lo cual descalifica su decisión como acto judicial válido.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.120, Ley 24.240 Art.52, LEY 27.148 Art.2, LEY 27.148 Art.31

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)

Recurso de hecho deducido por la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la causa HSBC Bank Argentina S.A. c/ Fajardo, Silvina Magalí s/ secuestro prendario
SENTENCIA del 8 DE OCTUBRE DE 2020

Sumario nro. A0080257

TEMA

MINISTERIO PUBLICO FISCAL-INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

La intervención del Ministerio Público en casos en los que se encuentran afectados derechos del consumidor, está prevista a los fines de garantizar que se asegure la realización del valor justicia en una relación jurídica asimétrica, caracterizada por la desigualdad entre sus partes.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)

Recurso de hecho deducido por la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la causa HSBC Bank Argentina S.A. c/ Fajardo, Silvina Magalí s/ secuestro prendario
SENTENCIA del 8 DE OCTUBRE DE 2020

Sumario nro. A0080391

TEMA

QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO-DEPOSITO PREVIO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde intimar a la recurrente al pago del depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en virtud de no ser de aplicación a la causa la ley 24.240 (Disidencia parcial de los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti). - La Corte, por mayoría, declaró inadmisibles los recursos extraordinarios (art. 280 CPCCN)-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.280, Ley 17.454 Art.286, Ley 24.240

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco - Maqueda - Lorenzetti (en disidencia) - Rosatti)

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Balembaum S.A. c/ Volkswagen Argentina S.A. s/ ordinario
SENTENCIA del 22 DE OCTUBRE DE 2020

Sumario nro. D0303374

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA-INTERPRETACION DEL

CONTRATO

TEXTO

El régimen de defensa del consumidor es plenamente aplicable al contrato de medicina prepaga, lo que determina que la interpretación de las cláusulas y prerrogativas insertas en el contrato o reglamento deberá efectuarse con arreglo a los principios de la normativa consumeril.

FALLOS

CAMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (Alfredo Silverio Gusman - Fernando A. Uriarte - Guillermo Alberto Antelo)

W., D. c/ Omint S.A. de Servicios s/ incumplimiento de prestación de obra social / med. prepaga

SENTENCIA del 18 DE MAYO DE 2020

Sumario nro. J0045827

TEMA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-QUEJA-PROCEDENCIA DEL RECURSO-DAÑOS Y PERJUICIOS-PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

La presente queja no ha de prosperar toda vez que -como sostuvo la Cámara al denegar la concesión del recurso de inconstitucionalidad- la invocación del principio de defensa al consumidor no constituye un axioma para lograr automáticamente un resultado, y las extensas consideraciones del recurrente acerca del deber de seguridad en relación a los presupuestos de responsabilidad y, en particular, el carácter riesgoso de las denominadas cosas inertes, no habían sido refutadas; así como también el planteo de la defectuosa colocación, mal estado de conservación o suciedad del piso que habría operado como causal de su caída no fue alegado ni en el escrito inicial ni en ningún otro tramo del proceso.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE

(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - ERBETTA)

PASETTO, MARIA INES c/ ALTO ROSARIO SHOPPING s/ QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

SENTENCIA del 27 DE FEBRERO DE 2020

Sumario nro. N0021092

TEMA

ACCIONES COLECTIVAS-MEDIDAS CAUTELARES-RETENCION DE SUMAS DEPOSITADAS-INGRESO FAMILIAR DE EMERGENCIA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

El vínculo de los usuarios representados por la actora con el banco demandado estaría regido por la Ley de Defensa del Consumidor, desde que se trata de servicios brindados por una entidad financiera hacia personas humanas que actúan como destinatarios finales. La índole de la prestación del IFE no permitiría al beneficiario, en principio, integrarla a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, sino destinarla para el consumo final propio o de su grupo familiar.

FALLOS

JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO COMERCIAL Nro 30 , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Sebastián I. Sánchez Cannavó)

Asociación Civil Usuarios y Consumidores Unidos c/ Banco BBVA Argentina S.A. s/ ordinario

Sumario nro. B0962342

TEMA

TITULOS EJECUTIVOS-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-JUICIO EJECUTIVO-EXAMEN DE TITULO-CAUSA DE LAS OBLIGACIONES

TEXTO

En atención a lo resuelto por esta Suprema Corte en casos sustancialmente análogos (arts. 31 bis, ley 5.827, texto según ley 13.812 y 289, CPCC) no puede prosperar el recurso extraordinario que pretende se declare inhábil el título ejecutivo aduciendo que la sentencia viola los artículos 36, 53 y concordantes de la ley 24.240, en seguimiento de lo resuelto por este Superior Tribunal en las causas: C. 121.689, "Asociación Mutual Asís" (sent. de 14-VIII-2019), C. 122.124, "Recupero On Line S.A." (resol. de 18-IX-2019) y C. 122.155, "Banco Columbia" (resol. de 16-X-2019).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.36, Ley 24.240 Art.53, DECRETO LEY 7425/68 Art.289, LEY 13.812, DECRETO-LEY 5.827/55 TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3.702/92 Art.31

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES
(Soria - de Lázari - Genoud - Kogan)
Recupero On Line S.A. c/ Lodi, Alejandra Sabrina s/ Cobro ejecutivo
SENTENCIA del 11 DE MARZO DE 2020

Sumario nro. B0962357

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-RECURSO DE QUEJA (PROCESAL)-ADMISIBILIDAD DEL RECURSO-RESOLUCIONES RECURRIBLES-DERECHO A LA SENTENCIA

TEXTO

Si bien, en principio las resoluciones recaídas en juicio ejecutivo no revisten carácter definitivo (arts. 278 y 296, CPCC), en el caso la que desestima la caracterización de la relación subyacente como de consumo y con ello el fundamento de las excepciones de inhabilidad de título e incompetencia opuestas, significaría la imposibilidad o inviabilidad de ventilar las cuestiones en un juicio ordinario posterior (art. 551, CPCC), poniendo en riesgo la protección de derechos fundamentales como los derechos económicos del consumidor, el de defensa en juicio y debido proceso legal, por lo tanto resulta equiparable a aquellas y debe admitirse la queja planteada contra el rechazo del recurso extraordinario por la falta de definitividad del decisorio (art. 292, CPCC).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: DECRETO LEY 7425/68 Art.278, DECRETO LEY 7425/68 Art.292, DECRETO LEY 7425/68 Art.296, DECRETO LEY 7425/68 Art.551

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES
(Kogan - Soria - Pettigiani - Torres)
Luis Blanco S.A. c/ Castell, José s/ Cobro Ejecutivo
SENTENCIA del 29 DE JUNIO DE 2020

Sumario nro. B0962365

TEMA

TITULO EJECUTIVO HABIL-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-CAUSA DE LAS OBLIGACIONES-CAUSA DEL TITULO-RECURSO EXTRAORDINARIO

TEXTO

En atención a lo resuelto por esta Suprema Corte en casos sustancialmente análogos (arts. 31 bis, ley 5.827, texto según ley 13.812 y 289, CPCC) debe ser rechazado el recurso extraordinario interpuesto contra la decisión de la Cámara que manda preparar la vía ejecutiva y ordena a la actora acompañe la documentación que acredita el negocio subyacente (art. 36 de la ley 24.240), en seguimiento de lo resuelto por este Superior Tribunal en las causas: C. 121.689, "Asociación Mutual Asís" (sent. de 14-VIII-2019), C. 122.124, "Recupero On Line S.A. " (resol. de 18-IX-2019) y C. 122.155, "Banco Columbia" (resol. de 16-X-2019) y la doctrina que emana de ellos respecto de las atribuciones del juez para examinar los papeles cambiarios, quien - frente a la existencia subyacente de un negocio jurídico de consumo- debe encaminar el proceso ejecutivo con el título en cuestión, ya sea en forma autónoma o integrada (arts. 34 inc. 5 y 36 inc. 2 y concs., CPCC; art. 36 de la ley 24.240.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.36, DECRETO LEY 7425/68 Art.34, DECRETO LEY 7425/68 Art.36, DECRETO LEY 7425/68 Art.289, LEY 13.812, DECRETO-LEY 5.827/55 TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3.702/92 Art.31

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(De Lázari - Genoud - Torres - Soria)

Cooperativa Credivico de Crédito Vivienda y Consumo Ltda c/ Olivares, Mariel Carina s/ Cobro ejecutivo

SENTENCIA del 1 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. A0080257**TEMA**

MINISTERIO PUBLICO FISCAL-INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

La intervención del Ministerio Público en casos en los que se encuentran afectados derechos del consumidor, está prevista a los fines de garantizar que se asegure la realización del valor justicia en una relación jurídica asimétrica, caracterizada por la desigualdad entre sus partes.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Maqueda - Lorenzetti - Rosatti)

Recurso de hecho deducido por la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la causa HSBC Bank Argentina S.A. c/ Fajardo, Silvina Magalí s/ secuestro prendario

SENTENCIA del 8 DE OCTUBRE DE 2020

Sumario nro. A0079835**TEMA**

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-NORMAS OPERATIVAS-INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION

TEXTO

El derecho consagrado en favor de los usuarios y consumidores en el art. 42 de la Constitución Nacional es un derecho operativo, ya que su obligatoriedad inmediata no está condicionada a actuación reglamentaria ulterior del Congreso de la Nación, aunque por cierto se deje en manos de la autoridad legislativa, como sucede en el campo de todos los derechos (art. 28), la determinación circunstanciada de los diversos procedimientos y situaciones bajo los cuales tendría lugar el nuevo derecho. -Del precedente "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad" (Fallos: 339:1077) al que la Corte remite-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.28,

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Maqueda - Lorenzetti - Rosatti (según su voto))
Usuarios y Consumidores Unidos c/ Secretaría de Energía de la Nación y otros s/ ley de Defensa del Consumidor
SENTENCIA del 23 DE JULIO DE 2020

Sumario nro. C0410701

TEMA

DAÑOS Y PERJUICIOS-LESIONES EN ESPECTACULO DEPORTIVO-RESPONSABILIDAD DEL ORGANIZADOR-OBLIGACION DE SEGURIDAD-PROTECCION DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Debe confirmarse el fallo que condenó a un club de fútbol profesional y a una compañía de seguros a indemnizar a un simpatizante como consecuencia de las lesiones que sufrió mientras se encontraba asistiendo a un partido en el estadio del club demandado, habida cuenta que todo contrato de espectáculo público lleva implícita una cláusula de incolumidad a favor del espectador, de forma tal que el organizador asume la obligación de garantizar al público cierta seguridad, esto es, que durante el desarrollo del evento, ningún daño recaerá a la persona o a los bienes de su cocontratante, y dicha obligación de seguridad surge de manera expresa del artículo 42 de la Constitución Nacional, en tanto establece que el consumidor tiene derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.42

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala M (María Isabel Benavente - Gabriela A. Iturbide)
Díaz, Diego c/ Asoc. Civil Racing Club s/ daños y perjuicios
SENTENCIA del 13 DE MAYO DE 2020

Sumario nro. D0303356

TEMA

LEALTAD COMERCIAL-PROTECCION DEL CONSUMIDOR

TEXTO

La Ley 22.802 procura garantizar la lealtad comercial tutelando los derechos de los consumidores y competidores señalando conductas exigibles en procura de que éstos no sean burlados y que su objetivo primordial es la protección del público consumidor, quien se encontraría adquiriendo un producto por un precio que no es tal. Asimismo, se pretende preservar la lealtad en las relaciones comerciales, que abarca los derechos de los consumidores y los de los competidores y que con una incorrecta publicidad de precios se puede producir desvíos o captación potencial de clientela por medio de métodos contrarios a la lealtad en las relaciones comerciales.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.802

FALLOS

CAMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Alfredo Silverio Gusman - Eduardo Daniel Gottardi - Graciela Medina)
Cencosud S.A. s/ apel. de resolución administrativa
SENTENCIA del 28 DE FEBRERO DE 2020

Sumario nro. B0961597

TEMA

CONFIRMACION DE SENTENCIA-CADUCIDAD-RECURSO DE APELACION (PROCESAL)-
INACTIVIDAD PROCESAL-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Corresponde confirmar la caducidad de la instancia decretada, sin perjuicio de la facultad del actor de reeditar su pretensión en otro pleito en caso de que se considerare con derecho a ello -arts. 310 inc. 3, 315, 316 del C.P.C.C.-; pues dicha sentencia se ajusta a derecho, siendo insuficientes los cuestionamientos del apelante tendientes a obtener su revocación, toda vez que no surgen de autos las supuestas maniobras evasivas de la codemandada destinadas a frustrar la notificación del traslado de demanda, por el contrario, se aprecia que con posterioridad a efectivizarse la intimación previa en los términos del art. 315 del mencionado Código el actor incurrió en un nuevo período de inactividad procesal por un plazo mayor al previsto en el art. 310 inc. 3° del ritual, por lo que la perención decretada por el a quo se muestra respetuosa de la regulación respectiva del Código adjetivo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: DECRETO LEY 7425/68 Art.310, DECRETO LEY 7425/68 Art.315 al 316

FALLOS

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nro 3 , AZUL, BUENOS AIRES

(María Inés Longobardi - Víctor Mario Peralta Reyes - Jorge Mario Galdós)

Oiza, Gabriel Hernán c/ ALRA S.A. y otros s/ daños y perj. incump. contractual (exc. Estado)

SENTENCIA del 14 DE MAYO DE 2019

Sumario nro. B0961598

TEMA

REVOCACION DE SENTENCIA-COSTAS AL VENCIDO-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-
CADUCIDAD-DEFENSA EN JUICIO

TEXTO

Procede revocar la sentencia apelada en cuanto a las costas impuestas al consumidor vencido en el incidente de caducidad de instancia, a quien se exime de su pago por encontrarse actualmente amparado por el beneficio de gratuidad de la Ley de Defensa del Consumidor, que no se agota en la mera eximición del pago de la tasa de justicia y sellados de actuación, sino que comprende también a las costas del juicio; no obstante ello, se deja a salvo la facultad de la demandada de hacer cesar el beneficio acreditando la solvencia del consumidor mediante el incidente respectivo, de conformidad con lo dispuesto en nuestra Carta Magna, preservando así el derecho de defensa en juicio de esta otra parte.

FALLOS

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nro 3 , AZUL, BUENOS AIRES

(María Inés Longobardi - Víctor Mario Peralta Reyes - Jorge Mario Galdós)

Oiza, Gabriel Hernán c/ ALRA S.A. y otros s/ daños y perj. incump. contractual (exc. Estado)

SENTENCIA del 14 DE MAYO DE 2019

Sumario nro. W0002781

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

La actora, aún en su calidad de consumidor de los servicios, no queda relevada de probar fehacientemente el desembolso que dijo haber realizado y

que constituye la base de su reclamo.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SAN SALVADOR DE JUJUY, JUJUY
Sala 03 (ISSA - COSENTINI - CABALLERO)
Acción emergente de la ley del consumidor: Cháves, Miguel Ángel c/ Agencia Briones S.A. Servicios Sociales
SENTENCIA del 29 DE MARZO DE 2019

Identificación SAIJ : S0011007

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto y revocar parcialmente la sentencia que condena a una empresa de televisión por cable a devolver a los usuarios las sumas que fueron percibidas en concepto de "tasa por ocupación del espacio público" e ingresadas a la Municipalidad, toda vez que se advierte que la recurrente actuó en cumplimiento de lo expresamente establecido en las ordenanzas tarifarias, las cuales la obligaban a actuar como agente de percepción de una tasa municipal e ingresar los importes recaudados a la Municipalidad.

FALLOS

CORTE DE JUSTICIA , SALTA, SALTA
(Abel Cornejo - Teresa Ovejero Cornejo - Guillermo Alberto Posadas - Sergio Fabián Vittar - Guillermo A. Catalano - Sandra Bonari)
Consumidores argentinos Asociación para la Defensa, Educación e Información de los Consumidores c/ Cablevisión S.A. y Decotevé S.A. s/ recurso de inconstitucionalidad
SENTENCIA del 8 DE AGOSTO DE 2018
Nro.Fallo: 18179010

Identificación SAIJ : C2006381

TEMA

INFORMACION AL CONSUMIDOR

Una empresa de comercio electrónico no resulta ajena a la relación de consumo, pues la confianza de los usuarios en la plataforma ofrecida resulta clave para la concertación de las operaciones de venta.

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES
Sala 01 (Mariana Díaz - Carlos F. Balbín - Fabiana H. Schafrik de Nuñez)
Mercado Libre SRL c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor s/ Recurso Directo sobre Resoluciones de Defensa al Consumidor
SENTENCIA del 11 DE JUNIO DE 2018
Nro.Fallo: 18370022

Identificación SAIJ : W0002676

TEMA

INFRACCIONES RELACIONADAS CON LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Corresponde condenar a una entidad bancaria a restituirle la tarjeta de crédito con las mismas características y en las mismas condiciones pactadas en el contrato y a resarcirlo por los daños y perjuicios derivados del accionar denunciado, pues no resulta acreditado que el demandado haya dado

aviso con suficiente antelación de su decisión de no renovar el contrato respectivo, lo que evidencia que el incumplimiento del Banco surge incontrastable y su decisión susceptible de reproche por su imprevisibilidad, más aún cuando el contrato venía renovándose en forma automática durante diecisiete años y la propia entidad calificó la conducta del actor como cliente del Banco y titular de la tarjeta como irrepachable.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SAN SALVADOR DE JUJUY, JUJUY

Sala 03 (Caballero - Issa - Cosentini)

Muñoz, Gustavo Enrique c/ Banco Francés S.A. s/ Acción emergente de la ley de Defensa del Consumidor

SENTENCIA del 10 DE AGOSTO DE 2016

Nro.Fallo: 16200005

Identificación SAIJ : A0077549

TEMA

DERECHO DE HUELGA-GARANTIAS CONSTITUCIONALES-USUARIOS Y CONSUMIDORES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Al obstaculizar el normal desarrollo de las actividades de producción de bienes o de prestación de servicios en las que los trabajadores se desempeñan, las medidas de acción directa no solo perjudican al empleador sino que también afectan los intereses de los destinatarios de dichos bienes y servicios, es decir, de los consumidores o usuarios, por lo que el desarrollo de la huelga provoca una evidente tensión con el ejercicio de los derechos del empleador así como también con derechos de terceros o de la sociedad que también cuentan con protección constitucional.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(LORENZETTI - HIGHTON DE NOLASCO - MAQUEDA)

Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo

SENTENCIA del 7 DE JUNIO DE 2016

Nro.Fallo: 16000089

Identificación SAIJ : B0958043

TEMA

TRATO DIGNO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DAÑO MORAL

El hipermercado demandado debe responder por el daño moral que sufrió una clienta al serle requerida la exhibición de su cartera, pues en el contexto de la relación de consumo acreditada y en particular en el tramo postcontractual (art. 1º de la ley 24240 y ref.), la actora no ha recibido un trato digno conforme se desprende de las normas citadas "supra" en consonancia con la conducta desplegada por el personal de servicio de la demandada (arts. 384 del C.P.C.C.).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.384, Ley 24.240

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SAN MARTIN, BUENOS AIRES

Sala 01 (Lami - Sirvén)

Leguizamón, Maria Guadalupe c/ INC S.A.-Supermercados Carrefour y Otro s/ Daños y Perjuicios

SENTENCIA del 17 DE SETIEMBRE DE 2015

Nro.Fallo: 15010061

Identificación SAIJ : B0958044

TEMA

TRATO DIGNO-DERECOS DEL CONSUMIDOR-DAÑO MORAL

La persona humana es inviolable, y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad (art. 51 del CCC), refiriéndose el trato digno al derecho que tiene todo hombre de ser respetado como tal, es decir, como ser humano con todos los atributos de su humanidad, de ahí que el mal trato, la falta de colaboración de los dependientes de una empresa para con el consumidor o usuario, que en el caso particular resulta una persona discapacitada, configuran una violación a la obligación de trato digno, debiendo, en consecuencia, exigirse con mayor rigor el cumplimiento de los deberes a cargo del polo más fuerte en la relación de consumo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.994 Art.5

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SAN MARTIN, BUENOS AIRES

Sala 01 (Lami - Sirvén)

Leguizamón, Maria Guadalupe c/ INC S.A.-Supermercados Carrefour y Otro s/ Daños y Perjuicios

SENTENCIA del 17 DE SETIEMBRE DE 2015

Nro.Fallo: 15010061

Identificación SAIJ : B0958045

TEMA

TRATO DIGNO-DERECOS DEL CONSUMIDOR

El artículo 42 de la Carta Magna al utilizar la expresión "trato equitativo y digno", se refiere a un aspecto social o externo, es decir al honor y el respeto que se le debe a la persona. La dignidad es un principio elemental y de carácter supraestatal.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional (1994) Art.4

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SAN MARTIN, BUENOS AIRES

Sala 01 (Lami - Sirvén)

Leguizamón, Maria Guadalupe c/ INC S.A.-Supermercados Carrefour y Otro s/ Daños y Perjuicios

SENTENCIA del 17 DE SETIEMBRE DE 2015
Nro.Fallo: 15010061

Identificación SAIJ : B0958046

TEMA

TRATO DIGNO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DAÑO MORAL-DISCRIMINACION

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, de modo tal, resulta lógico que frente a su violación se originen no sólo la infracción de la ley 24.240 reformada por la leyes 24568, 24787, 24999 y 26361, sino también la de otras normas previstas en leyes especiales: tal el caso del trato discriminatorio y lo regulado por la ley 23.592. En consecuencia, encontrándose acreditados los hechos fundantes de la demanda de autos, los cuales han producido un menoscabo en la esfera de los derechos de la accionante, propongo revocar la sentencia de grado, acogiendo la demanda promovida.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SAN MARTIN, BUENOS AIRES

Sala 01 (Lami - Sirvén)

Leguizamón, Maria Guadalupe c/ INC S.A.-Supermercados Carrefour y Otro s/ Daños y Perjuicios

SENTENCIA del 17 DE SETIEMBRE DE 2015

Nro.Fallo: 15010061

Identificación SAIJ : B0958018

TEMA

JUICIO EJECUTIVO-PAGARE-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

La posibilidad del juicio de conocimiento posterior (art. 551 del C.P.C.) como argumento para sostener la procedencia del juicio ejecutivo en caso de pagarés librados como consecuencia de un préstamo para consumo personal no puede oponerse frente a estas relaciones de consumo, pues admitir tal argumento implica exigir al consumidor el previo pago de la condena ejecutiva y porque la postergación del debate implica una clara afrenta a lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional que otorga rango normativo superior a las disposiciones protectorias del consumidor, desplazando toda valla legal local o procesal que se le contraponga.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional (1994) Art.4, Ley 17.454 Art.542

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

Sala 03 (Zampini - Gerez)

Banco Macro S.A. c/ Correa, Ruben Darío s/ Cobro Ejecutivo

SENTENCIA del 15 DE SETIEMBRE DE 2015

Nro.Fallo: 15010057

Identificación SAIJ : B0958017

TEMA

JUICIO EJECUTIVO-PAGARE-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

La pertinencia del cobro de un pagaré emitido como consecuencia de un préstamo para consumo personal, en virtud del microsistema de los derechos del consumidor, debe ser analizada a través de la vía procesal del juicio de conocimiento a los fines de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los consumidores y usuarios y evitar la vulneración de garantías constitucionales como la defensa en juicio y debido proceso; conclusión que encuentra sustento, además, en el principio protectorio del consumidor, que impone, en caso de duda en la interpretación de los contratos y de la ley, estar a la más favorable a los derechos del consumidor (art. 37 de la ley 24.240).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.3

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA), MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

Sala 03 (Zampini - Gerez)

Banco Macro S.A. c/ Correa, Ruben Darío s/ Cobro Ejecutivo

SENTENCIA del 15 DE SETIEMBRE DE 2015

Nro.Fallo: 15010057

Identificación SAIJ : B0958019

TEMA

JUICIO EJECUTIVO-PAGARE-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Aun cuando el pagaré emitido como consecuencia de un préstamo para consumo personal cumpla con los recaudos previstos en el art. 36 de la ley de defensa del consumidor, no es viable la vía ejecutiva para su cobro pues en el juicio ejecutivo sólo se encuentran contempladas las excepciones previstas por el art. 542 del C.P.C., faltando las propias defensas que se pueden plantear en el marco de una relación de consumo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.542, Ley 24.240 Art.3

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA), MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

Sala 03 (Zampini - Gerez)

Banco Macro S.A. c/ Correa, Ruben Darío s/ Cobro Ejecutivo

SENTENCIA del 15 DE SETIEMBRE DE 2015

Nro.Fallo: 15010057

Identificación SAIJ : B0958020

TEMA

JUICIO EJECUTIVO-PAGARE-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

La vía ejecutiva no es adecuada para exigir el cobro de un pagaré emitido

como consecuencia de un crédito para consumo personal, pues en nuestro derecho vigente no se encuentra legislada la figura del "pagaré de consumo", sino sólo la del que tiene fines circulatorios como título de crédito.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

Sala 03 (Zampini - Gerez)

Banco Macro S.A. c/ Correa, Ruben Darío s/ Cobro Ejecutivo

SENTENCIA del 15 DE SETIEMBRE DE 2015

Nro.Fallo: 15010057

Identificación SAIJ : B0957890

TEMA

MEDIACION-DERECOS DEL CONSUMIDOR

La mediación obligatoria proporciona una herramienta útil para lograr la solución del conflicto, sin tener que transitar la etapa de judicialización de la cuestión y, precisamente, si ese es el fin no puede considerarse "en abstracto" incompatible con los derechos de consumidores y usuarios.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

(ZAMPINI - GEREZ)

IGLESIAS KARINA PAULA Y OTRO/A c/ BANCO FRANCES BBVA S.A.Y OTRO/A s/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES /COMERCIALES

SENTENCIA del 16 DE ABRIL DE 2015

Nro.Fallo: 15010019

Identificación SAIJ : B0957887

TEMA

MEDIACION-DERECOS DEL CONSUMIDOR-NULIDAD DE SENTENCIA

Es improcedente el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia que dispuso que el reclamo contenido en la demanda debía ser sometido previamente al sistema de Mediación Previa Obligatoria regulado en la ley 13.951 de la Provincia de Buenos Aires y su decreto reglamentario N° 2530/10, pues la alegada ineficiencia de la mediación prejudicial respecto a los trámites que involucran a los derecho de los consumidores y usuarios, es una cuestión cuya valoración no corresponde al Poder Judicial de la Provincia sino que por el contrario debe ser canalizado a través de requerimientos al Poder Legislativo a los fines de que este regule de manera específica las condiciones de la mediación en conflictos en los que se debatan derechos del consumidor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 13.951 de Buenos Aires, DECRETO 2.530/2010

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

(ZAMPINI - GEREZ)

IGLESIAS KARINA PAULA Y OTRO/A c/ BANCO FRANCES BBVA S.A.Y OTRO/A s/
CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES /COMERCIALES
SENTENCIA del 16 DE ABRIL DE 2015
Nro.Fallo: 15010019

Identificación SAIJ : B0957888

TEMA

MEDIACION-DERECOS DEL CONSUMIDOR-NULIDAD DE SENTENCIA

Debe rechazarse el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia que dispuso que el reclamo contenido en la demanda debía ser sometido previamente al sistema de Mediación Previa Obligatoria regulado en la ley 13.951 de la Provincia de Buenos Aires y su decreto reglamentario N° 2530/10, pues las manifestaciones realizadas por el supuesto "fracaso" del régimen establecido, no implica, por si solo, una circunstancia válida para descartar la aplicación de la ley, desde que de la lectura de su texto no puede colegirse, que su aplicación al caso particular se traducirá en su "perjuicio"

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 13.951 de Buenos Aires, DECRETO 2.530/2010

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

(ZAMPINI - GEREZ)

IGLESIAS KARINA PAULA Y OTRO/A c/ BANCO FRANCES BBVA S.A.Y OTRO/A s/
CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES /COMERCIALES
SENTENCIA del 16 DE ABRIL DE 2015
Nro.Fallo: 15010019

Identificación SAIJ : B0957891

TEMA

MEDIACION-DERECOS DEL CONSUMIDOR

Es improcedente el argumento de que las leyes de la Provincia de Buenos Aires 13.133 y 13.591 no son compatibles, pues el carril judicial que la primera ley establece no deja de ser sumarísimo por la circunstancia de que el legislador haya previsto la ocurrencia a una etapa previa de mediación, en cuyo transcurso se contempla un trámite abreviado y desprovisto de formalidades sacramentales, lo que no puede interpretarse más que como una pronta e inmediata posibilidad de solución para los consumidores o usuarios.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 13.133 de Buenos Aires, LEY 13.951

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

(ZAMPINI - GEREZ)

IGLESIAS KARINA PAULA Y OTRO/A c/ BANCO FRANCES BBVA S.A.Y OTRO/A s/
CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES /COMERCIALES

SENTENCIA del 16 DE ABRIL DE 2015
Nro.Fallo: 15010019

Identificación SAIJ : A0076847

TEMA

RESOLUCIONES-REVOCAACION DE SENTENCIA-ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA-ESTADO NACIONAL-COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA-DERECHOS DEL USUARIO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS-CONSTITUCION NACIONAL-FALTA DE FUNDAMENTACION-AGRAVIO IRREPARABLE-DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Corresponde revocar la sentencia recurrida por el Estado Nacional, en la causa en la que el a quo dispuso la nulidad de la Resolución 131/2009, dictada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el marco de un procedimiento iniciado para investigar la posible realización de conductas anticompetitivas, pues la Cámara no sólo omitió valorar constancias relevantes para la correcta solución del litigio - que fueron invocadas por la recurrente-, sino que tampoco atendió los planteos estatales relacionados a la existencia de una situación que podía lesionar en forma irreparable los derechos de los usuarios y consumidores. (Del voto en disidencia de la Doctora doña Elena Highton de Nolasco).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(RICARDO LUIS LORENZETTI - CARLOS S. FAYT - ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO - JUAN CARLOS MAQUEDA)

Cencosud S.A. s/ apela resolución Comisión Nacional Defensa de la Competencia
SENTENCIA del 14 DE ABRIL DE 2015
Nro.Fallo: 15000036

Identificación SAIJ : C2006189

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-PRESCRIPCION DE LA ACCION

Si el legislador estableció como plazo máximo de los procedimientos en materia de derechos del consumidor el plazo de tres años, habiendo transcurrido ese plazo entre el inicio de las actuaciones y el dictado de la resolución atacada, la administración no podía legítimamente dictar el acto administrativo porque la acción punitiva estatal no puede ser ejercida fuera del plazo que la ley establece como límite al ius puniendi. (Del voto en disidencia de la Dra. Seijas)

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 03 (Seijas - Zuleta - Centanaro)

Telefonía Móviles Argentina S.A. c/ G.C.B.A. y Otros s/ Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones

SENTENCIA del 30 DE ABRIL DE 2015
Nro.Fallo: 15370018

Identificación SAIJ : C2006187

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-PRESCRIPCION DE LA ACCION

La acción consumeril no puede considerarse prescripta por el hecho de que hayan transcurrido los tres años que prevé el art. 50 de la 24.240 entre la inicio del reclamo y la imposición de la multa, toda vez que dicha norma prevé que la prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales, y debe entenderse que ante la denuncia efectuada por el consumidor el plazo se interrumpe.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.5

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE

BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 03 (Seijas - Zuleta - Centanaro)

Telefonía Móviles Argentina S.A. c/ G.C.B.A. y Otros s/ Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones

SENTENCIA del 30 DE ABRIL DE 2015

Nro.Fallo: 15370018

Identificación SAIJ : C2006188

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-PRESCRIPCION DE LA ACCION

No puede considerarse prescripta la acción consumeril si al momento en que sucedieron los hechos denunciados y el inicio de las actuaciones no se verificó el transcurso del plazo exigido por la norma, ya que, a partir de la denuncia formulada y de la consecuente intervención de la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor, tuvo lugar -primero- una causal de interrupción del curso de la prescripción, y -luego- una de suspensión, cuyos efectos se extienden hasta la finalización de las actuaciones administrativas. (Del voto del Dr. Zuleta)

FALLOS

CAMARA DE APEL. CONT. ADM. Y TRIB. DE LA CIUDAD AUT. DE

BS. AS. , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

Sala 03 (Seijas - Zuleta - Centanaro)

Telefonía Móviles Argentina S.A. c/ G.C.B.A. y Otros s/ Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones

SENTENCIA del 30 DE ABRIL DE 2015

Nro.Fallo: 15370018

Identificación SAIJ : U0014338

TEMA

CONTRATO DE GARAJE-RESPONSABILIDAD DE LA PROVINCIA-AUTOMOTOR EN PLAYA DE ESTACIONAMIENTO-RESPONSABILIDAD DEL ORGANIZADOR-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Corresponde revocar la sentencia que rechazó la demanda de daños y perjuicios interpuesta por un espectador de un partido de fútbol que sufrió el robo de su camioneta en el estacionamiento del estadio, pues el a quo se apartó de las constancias objetivas incorporadas en el proceso, ya que de haberlas valorado correctamente debió concluir en la existencia de un contrato de garaje o de estacionamiento, en el que el garajista tenía también la guarda del vehículo y su obligación de restituirlo en las mismas

condiciones en las que se dejó, debiendo responder por los daños sufridos como resultado de su inejecución.

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , MENDOZA, MENDOZA

Sala 01 (Pérez Hualde - Nanclares)

Roldan, Juan Orlando y A.R. c/ Provincia de Mendoza - Min. de Des. Soc. Sub. de Dep. y Rec. y Club Atlético Godoy Cruz Antonio Tomba s/ Daños y perjuicios s/Recurso extarordinario de Inconstitucionalida y Casación

SENTENCIA del 1 DE JUNIO DE 2015

Nro.Fallo: 15190012

Identificación SAIJ : U0014337

TEMA

RESPONSABILIDAD DE LA PROVINCIA-AUTOMOTOR EN PLAYA DE ESTACIONAMIENTO-
RESPONSABILIDAD DEL ORGANIZADOR-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Tratándose del daño sufrido en los bienes por quien afirmó asistir a un espectáculo deportivo,- en el caso, el robo de un automotor de una playa de estacionamiento- resultan de aplicación las disposiciones contenidas en los arts. 2,3,5 y 40 de la ley 24.240 y por tanto existe en cabeza de los organizadores del espectáculos una obligación de seguridad que se traduce en mantener al espectador indemne en su persona y bienes y que debe garantizar.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.5, Ley 24.240 Art.40

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , MENDOZA, MENDOZA

Sala 01 (Pérez Hualde - Nanclares)

Roldan, Juan Orlando y A.R. c/ Provincia de Mendoza - Min. de Des. Soc. Sub. de Dep. y Rec. y Club Atlético Godoy Cruz Antonio Tomba s/ Daños y perjuicios s/Recurso extarordinario de Inconstitucionalida y Casación

SENTENCIA del 1 DE JUNIO DE 2015

Nro.Fallo: 15190012

Identificación SAIJ : Y0022101

TEMA

MULTA CIVIL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-MALOS TRATOS

Debe confirmarse la sanción de multa impuesta a una cadena de hipermercados por violación al art. 8 de la ley de defensa del consumidor, dado que en el caso se constata una secuencia de tratos incompatibles con el respeto al honor y dignidad de toda persona merece, como lo fue; solicitud del denunciante de ser atendido por alguna persona el día del episodio conflictivo, con resultado negativo; denegación de una copia de lo asentado en el respectivo libro de quejas; presentación de la parte en las oficinas de la empresa, conforme le fuera notificado, sin que le diese una respuesta en ese momento, ni se comunicaran luego con ella, como se habían comprometido; todo lo cual demuestra la inexistencia de un mínimo interés y consideración para con el cliente, quien encontró en la empresa indiferencia.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , CORRIENTES, CORRIENTES
(Chain - Panseri - Semhan)

RECURSO DE APELACION: TERRASA LUCIO ANDRES s/ INC. S.A.
SENTENCIA del 20 DE MAYO DE 2015

Nro.Fallo: 15210003

Identificación SAIJ : B0957890

TEMA

MEDIACION-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

La mediación obligatoria proporciona una herramienta útil para lograr la solución del conflicto, sin tener que transitar la etapa de judicialización de la cuestión y, precisamente, si ese es el fin no puede considerarse "en abstracto" incompatible con los derechos de consumidores y usuarios.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL
PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

(ZAMPINI - GEREZ)

IGLESIAS KARINA PAULA Y OTRO/A c/ BANCO FRANCES BBVA S.A.Y OTRO/A s/
CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES /COMERCIALES

SENTENCIA del 16 DE ABRIL DE 2015

Nro.Fallo: 15010019

Identificación SAIJ : B0957887

TEMA

MEDIACION-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-NULIDAD DE SENTENCIA

Es improcedente el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia que dispuso que el reclamo contenido en la demanda debía ser sometido previamente al sistema de Mediación Previa Obligatoria regulado en la ley 13.951 de la Provincia de Buenos Aires y su decreto reglamentario N° 2530/10, pues la alegada ineficiencia de la mediación prejudicial respecto a los trámites que involucran a los derechos de los consumidores y usuarios, es una cuestión cuya valoración no corresponde al Poder Judicial de la Provincia sino que por el contrario debe ser canalizado a través de requerimientos al Poder Legislativo a los fines de que este regule de manera específica las condiciones de la mediación en conflictos en los que se debatan derechos del consumidor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 13.951 de Buenos Aires, DECRETO 2.530/2010

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL
PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES

(ZAMPINI - GEREZ)

IGLESIAS KARINA PAULA Y OTRO/A c/ BANCO FRANCES BBVA S.A.Y OTRO/A s/
CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES /COMERCIALES

SENTENCIA del 16 DE ABRIL DE 2015

Nro.Fallo: 15010019

Identificación SAIJ : B0957888

TEMA

MEDIACION-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-NULIDAD DE SENTENCIA

Debe rechazarse el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia que dispuso que el reclamo contenido en la demanda debía ser sometido previamente al sistema de Mediación Previa Obligatoria regulado en la ley 13.951 de la Provincia de Buenos Aires y su decreto reglamentario N° 2530/10, pues las manifestaciones realizadas por el supuesto "fracaso" del régimen establecido, no implica, por si solo, una circunstancia válida para descartar la aplicación de la ley, desde que de la lectura de su texto no puede colegirse, que su aplicación al caso particular se traducirá en su "perjuicio"

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 13.951 de Buenos Aires, DECRETO 2.530/2010

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES
(ZAMPINI - GEREZ)

IGLESIAS KARINA PAULA Y OTRO/A c/ BANCO FRANCES BBVA S.A.Y OTRO/A s/
CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES /COMERCIALES

SENTENCIA del 16 DE ABRIL DE 2015

Nro.Fallo: 15010019

Identificación SAIJ : B0957891

TEMA

MEDIACION-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Es improcedente el argumento de que las leyes de la Provincia de Buenos Aires 13.133 y 13.591 no son compatibles, pues el carril judicial que la primera ley establece no deja de ser sumarísimo por la circunstancia de que el legislador haya previsto la ocurrencia a una etapa previa de mediación, en cuyo transcurso se contempla un trámite abreviado y desprovisto de formalidades sacramentales, lo que no puede interpretarse más que como una pronta e inmediata posibilidad de solución para los consumidores o usuarios.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 13.133 de Buenos Aires, LEY 13.951

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES
(ZAMPINI - GEREZ)

IGLESIAS KARINA PAULA Y OTRO/A c/ BANCO FRANCES BBVA S.A.Y OTRO/A s/
CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CIVILES /COMERCIALES

SENTENCIA del 16 DE ABRIL DE 2015

Nro.Fallo: 15010019

Identificación SAIJ : A0076774

TEMA

ACCIONES COLECTIVAS-VENTA-DERECOS DEL CONSUMIDOR

Si las distintas estrategias de venta de un producto que puede haber asumido cada uno de los intermediarios impiden afirmar que la conducta imputada a las empresas demandadas -cementeras- haya tenido idénticas consecuencias respecto de todos los consumidores que se intenta representar, no es posible corroborar una afectación uniforme que habilite la posibilidad de resolver el planteo de autos mediante un único pronunciamiento.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA)

Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía.

Industrial Argentina S.A. y otros

SENTENCIA del 10 DE FEBRERO DE 2015

Nro.Fallo: 15000001

Identificación SAIJ : B0957779

TEMA

MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Debe admitirse la medida cautelar innovativa y ordenar ala empresa comercializadora de electrodomésticos que haga entrega al accionante de una heladera, puesto que, con la prueba documental aportada -factura de compraventa, certificado de seguro, y constancias de lo actuado ante la Oficina de Defensa del Consumidor Municipal- cabe tener prima facie configurada la verosimilitud en el derecho invocado, mientras que, los restantes requisitos de la cautelar, quedan demostrados por la propia naturaleza del bien reclamado, por tratarse de un elemento indispensable para la vida, cuya carencia afecta seriamente la calidad de vida del reclamante y su grupo familiar, y pone en riesgo su salud, derechos que tienen raigambre constitucional. Máxime cuando la carencia de una heladera en el período estival podría ocasionar daños que difícilmente pueden ser reparados adecuadamente con una indemnización monetaria.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (JUNIN), JUNIN, BUENOS AIRES

(Morando - Guardiola)

Valenzuela Roberto Carlos c/ Naldo Lombardi S.A. Y Otro/A s/ Medidas Cautelares

SENTENCIA del 18 DE DICIEMBRE DE 2014

Nro.Fallo: 14010161

Identificación SAIJ : C2006103

TEMA

BUSCADORES DE INTERNET-DERECCHO A LA INTIMIDAD-DERECOS DEL CONSUMIDOR-RELACION DE CONSUMO

La relación de consumo como el vínculo jurídico entre el proveedor de internet y el consumidor o usuario, se encuentra transversalmente atravesada por bienes jurídicos o valores que su normativa tutela, que su protección justifica y que deben ser respetados en su desenvolvimiento abarcando, el derecho a la vida y a la dignidad del consumidor, el derecho a la salud y la seguridad, a la libertad de elección, a la protección de los intereses económicos, al trato equitativo y digno y por supuesto a la protección de su honra e intimidad. Todos esos valores están presentes en

el fenómeno del consumo y su derecho regulador, nacido para encauzar la relación en el respeto a los imperativos que emanan de la dignidad humana.

FALLOS

**JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 18 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES**

(López Alfonsín)

**Gil Domínguez, Andrés Favio c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del
G.C.B.A. s/ Amparo**

SENTENCIA del 10 DE OCTUBRE DE 2014

Nro.Fallo: 14370074

Identificación SAIJ : C2006102

TEMA

**BUSCADORES DE INTERNET-DERECHO A LA INTIMIDAD-DERECOS DEL CONSUMIDOR-
RELACION DE CONSUMO**

Los buscadores o direccionadores de internet son proveedores de servicios no excluidos de la aplicación de la ley 24.240, y los que los contratan o utilizan son consumidores a los efectos de la misma ley, encontrándose por ende en el ámbito de la autoridad de aplicación el control y formación de su desenvolvimiento, y el poder de policía sobre la actividad, en términos de la legislación citada.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

**JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 18 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES**

(López Alfonsín)

**Gil Domínguez, Andrés Favio c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del
G.C.B.A. s/ Amparo**

SENTENCIA del 10 DE OCTUBRE DE 2014

Nro.Fallo: 14370074

Identificación SAIJ : C2006101

TEMA

BUSCADORES DE INTERNET-DERECHO A LA INTIMIDAD-DERECOS DEL CONSUMIDOR

Corresponde admitir la acción de amparo interpuesta por un ciudadano contra el GCBA -Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor - y ordenar que en un plazo de 180 días, adopte las medidas necesarias a fin de exigir a los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces de Internet domiciliados en la Ciudad que incorporen de manera obligatoria un Protocolo Interno de Protección al Derecho a la Intimidad de los usuarios de Internet, dado que los arts. 10 y 12.3 de la Constitución local establecen un mandato expreso de garantizar tal protección y se advierte una omisión por parte de la Administración al no dictar en el ámbito de sus competencias la normativa referida, lo cual produce una amenaza real y actual al derecho a la intimidad de los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCION DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.10, CONSTITUCION DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.12

FALLOS

**JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 18 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES**

(López Alfonsín)

**Gil Domínguez, Andrés Favio c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del
G.C.B.A. s/ Amparo**

SENTENCIA del 10 DE OCTUBRE DE 2014

Nro.Fallo: 14370074

Identificación SAIJ : A0076636

TEMA

ACCIONES COLECTIVAS-MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA:IMPROCEDENCIA-SERVICIO DE TELEVISION POR CABLE-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-FACULTADES DE LA MUNICIPALIDAD
Corresponde revocar la decisión que hizo lugar a la medida cautelar innovativa y ordenó refacturar el servicio prestado a los usuarios del partido de Berazategui con sujeción a las resoluciones 50/2010 y 36/2011 de la Secretaría de Comercio Interior si, bajo la apariencia de una pretensión con base en la relación de consumo, el planteo del accionante resulta inherente a una situación jurídica propia del derecho administrativo con relación a la cual no cabe extenderle, sin más, la legitimación representativa prevista por la ley 24.240 para la autoridad de aplicación (arts. 45 y 52), en tanto el debate gira en torno a un eventual incumplimiento de una norma emanada de una autoridad nacional sobre una cuestión federal, que excede, en principio, la normal competencia del municipio de velar por la administración de los intereses locales (arts. 190 y 191 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.45, Ley 24.240 Art.52, Constitución de la Provincia de Buenos Aires Art.190 al 191

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, FAYT, MAQUEDA. Voto: HIGHTON)

Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo

SENTENCIA del 23 DE SETIEMBRE DE 2014

Nro.Fallo: 14000143

Identificación SAIJ : A0076637

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-FACULTADES DEL GOBIERNO PROVINCIAL
Si bien el art. 45, último párrafo, de la ley 24.240 faculta a las provincias para establecer su régimen de procedimiento y de regular la actuación de las autoridades provinciales para aplicar la ley, la competencia de éstas -directa o delegada- se limita al control, vigilancia y juzgamiento del cumplimiento de la ley de defensa del consumidor y de sus normas reglamentarias (art. 41, texto conf. ley 26.361), sin que

correlativamente se extienda al contralor y juzgamiento de las eventuales infracciones a las normas jurídicas que regulan el mercado y que son dictadas en el marco de una específica asignación legal de competencia, aun cuando, por hipótesis, se tratara de circunstancias acaecidas en su ámbito territorial.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.41, Ley 24.240 Art.45, LEY 26.361

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, FAYT, MAQUEDA. Voto: HIGHTON)

Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo

SENTENCIA del 23 DE SETIEMBRE DE 2014

Nro.Fallo: 14000143

Identificación SAIJ : B0957564

TEMA

DAÑOS Y PERJUICIOS-ROBO-COUNTRY CLUB-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD OBJETIVA

El Country Club codemandado debe responder por los daños derivados del robo cometido en una de las viviendas del barrio, el cual fue permitido por el actuar negligente de los empleados de seguridad, pues su responsabilidad es objetiva y solidaria -art. 40 de la ley 24.240-, es que, cuando tercerizó el servicio de seguridad debió controlar la manera en que se prestaba el servicio y si resultaba eficaz, dado que los propietarios son los que pagan por su prestación mediante las expensas.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.40

FALLOS

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nro 8 , SAN ISIDRO, BUENOS AIRES

(Vázquez)

N., C. A. y Otros c/ Tortugas Country Club y Otros s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA del 8 DE AGOSTO DE 2014

Nro.Fallo: 14010103

Identificación SAIJ : B0957004

TEMA

PRESTAMO DE DINERO-RELACION DE CONSUMO

En una relación de consumo fundada en un préstamo de dinero y la firma de un pagaré como garantía resulta de aplicación la ley vigente al momento de la creación de dicho documento, esto es la Ley 24.240 con antelación a la reforma de la Ley 26.361, siendo imposible la aplicación retroactiva de esta última.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, LEY 26.361

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , AZUL, BUENOS AIRES
Sala 02 (Peralta Reyes - Longobardi - Galdós)
CONSUMO S.A. s/ COBRO EJECUTIVO
SENTENCIA del 6 DE NOVIEMBRE DE 2013
Nro.Fallo: 13010315

Identificación SAIJ : B0957002

TEMA

EJECUCION CAMBIARIA-RELACION DE CONSUMO-CARGA DE LA PRUEBA
El ejecutante tiene la carga de aportar elementos de prueba que permitan establecer o descartar una relación de consumo, conforme las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida, por lo que si luego de dicha colaboración persisten dudas, la interpretación resulta favorable al consumidor -arts. 3 y 53 de la Ley del Consumidor-.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.53

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , AZUL, BUENOS AIRES
Sala 02 (Peralta Reyes - Longobardi - Galdós)
CONSUMO S.A. s/ COBRO EJECUTIVO
SENTENCIA del 6 DE NOVIEMBRE DE 2013
Nro.Fallo: 13010315

Identificación SAIJ : B0957003

TEMA

PRESTAMO DE DINERO-RELACION DE CONSUMO
Existe una relación de consumo regida por la Ley de Defensa del Consumidor en el supuesto de préstamo de dinero en efectivo contra la firma de un pagaré como garantía, atento la falta de vinculación de dicha entrega de dinero a la adquisición de ningún bien o servicio y la ausencia de contrato alguno entre las partes no enerva el carácter de proveedor del ejecutante.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , AZUL, BUENOS AIRES
Sala 02 (Peralta Reyes - Longobardi - Galdós)
CONSUMO S.A. s/ COBRO EJECUTIVO
SENTENCIA del 6 DE NOVIEMBRE DE 2013
Nro.Fallo: 13010315

Identificación SAIJ : B0956496

TEMA

PRORROGA DE LA COMPETENCIA-DERECHO A LA SALUD-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR
Es nula la cláusula de prórroga de competencia a los tribunales de un lugar distinto al domicilio real de la consumidora inserta en un contrato de

medicina prepaga, pues el vínculo establecido entre las partes se encuentra comprendido bajo Ley N° 24.240, resultando de aplicación el art. 36 donde en virtud del principio de "favor debilis", se tiene por no convenidas las cláusulas que impongan renunciaciones o restricciones a los derechos de los consumidores o amplíen los de la otra parte, máxime cuando carece de virtualidad la residencia temporal que la misma tenga en un lugar distinto (estudiante universitaria) para excepcionar la aplicación de dicha norma.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.36

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , PERGAMINO, BUENOS AIRES

(Degleue - Scaraffia - Levato)

Antonini, Nadia Soledad c/ Mutual Federada "25 De Junio" y Otro s/ Reclamo contra Actos de Particulares

SENTENCIA del 6 DE JUNIO DE 2013

Nro.Fallo: 13010126

Identificación SAIJ : B0956338

TEMA

RELACION DE CONSUMO-PAGARE

Corresponde desestimar la ejecución de un pagaré que documenta una relación de consumo, pues pese a que el cartular cumple con los requisitos establecidos en el decreto ley 5965/63, y la ley procesal lo haya incluido expresamente entre el elenco de los títulos ejecutivos - art. 521 inc. 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires-, no es posible utilizarlo para promover una ejecución si el título cambiario carece de la información necesaria para poder corroborar si en la relación subyacente se han resguardado los derechos del consumidor, actuando acorde a las prescripciones de su régimen protectorio.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Decreto Ley 5.965/63, DECRETO LEY 7425/68 Art.521

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , AZUL, BUENOS AIRES

Sala 01 (Loughe Emiliozzi - Comparatto - Bagú)

Bazar Avenida S.A. c/ Ligure, Julio Ruben s/ Cobro Ejecutivo

SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2013

Nro.Fallo: 13010070

Identificación SAIJ : I0078749

TEMA

PRESCRIPCION-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-EJECUCION HIPOTECARIA

Dado que la actividad desarrollada por la sociedad que pretende ejecutar un mutuo hipotecario que garantiza la unidad adquirida por el ejecutado, consiste en la construcción y servicios de asistencia financiera, y que se ha demostrado la condición de consumidor o destinatario final del ejecutado, resulta aplicable el plazo de prescripción establecido en el art. 50 de la Ley 24.240, en la medida en que resulte más favorable al consumidor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.50

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES CIVIL COMERCIAL , CONCORDIA, ENTRE RIOS
(MANSILLA - GALIMBERTI - TABORDA)
ERCON S.A. c/ OLIVEIRA, ALFREDO EDGARDO Y OTRA s/ EJECUCIÓN
HIPOTECARIA (EXPTE. N° 1439)
SENTENCIA del 13 DE MAYO DE 2013
Nro.Fallo: 13080049

Identificación SAIJ : I0078748

TEMA

PRESCRIPCION-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-EJECUCION HIPOTECARIA-RELACION DE CONSUMO-QUIEBRA

La ejecución del mutuo hipotecario celebrado entre una sociedad dedicada a la construcción y financiación de viviendas y el adquirente de una unidad habitacional, debe analizarse bajo las previsiones de la Ley 24.240, pues la hipoteca fue constituida para garantizar la deuda originada en el financiamiento de la construcción del bien adquirido por el ejecutado para uso propio y de su grupo familiar y la ejecutante puede catalogarse como proveedora en virtud de la actividad desempeñada, sin que obste a tal conclusión la situación de falencia en que ahora se encuentra, habida cuenta que se trata de una situación sobreviniente que es insusceptible de alterar la naturaleza del vínculo entablado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES CIVIL COMERCIAL , CONCORDIA, ENTRE RIOS
(MANSILLA - GALIMBERTI - TABORDA)
ERCON S.A. c/ OLIVEIRA, ALFREDO EDGARDO Y OTRA s/ EJECUCIÓN
HIPOTECARIA (EXPTE. N° 1439)
SENTENCIA del 13 DE MAYO DE 2013
Nro.Fallo: 13080049

Identificación SAIJ : U0014147

TEMA

RELACION DE CONSUMO-RESPONSABILIDAD OBJETIVA

El supermercado en el cual una mujer se encontraba haciendo compras cuando unos baldes cayeron en su rostro, provocándoles lesiones, debe indemnizar los daños derivados del hecho, pues la relación entre las partes se desarrolló dentro del ámbito de una relación de consumo, de modo que rige una presunción de responsabilidad respecto del proveedor y éste no demostró la existencia de un factor que rompiera el nexo causal.

FALLOS

3ra CAMARA DE APEL. EN LO CIVIL,COMERCIAL,MINAS,DE PAZ Y TRIB. ,
MENDOZA, MENDOZA

(Mastrascusa - Colotto - Staib)
ZRY c/ MSA s/ daños y perjuicios
SENTENCIA del 13 DE MAYO DE 2013
Nro.Fallo: 13190025

Identificación SAIJ : U0014155

TEMA

RELACION DE CONSUMO-RESPONSABILIDAD OBJETIVA

En el ámbito de una relación de consumo, rige la presunción de responsabilidad respecto del proveedor, derivada de la obligación de seguridad establecida por el art. 42 de la Constitución de la Nación y por la ley 24.240, que sólo puede desvirtuarse afirmando que se trata de un hecho ajeno al proveedor por existir un factor que rompa el nexo causal, o bien demostrando que el acontecimiento no se produjo en el ámbito de la relación de consumo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240

FALLOS

3ra CAMARA DE APEL. EN LO CIVIL,COMERCIAL,MINAS,DE PAZ Y TRIB. ,
MENDOZA, MENDOZA
(Mastrascusa - Colotto - Staib)
ZRY c/ MSA s/ daños y perjuicios
SENTENCIA del 13 DE MAYO DE 2013
Nro.Fallo: 13190025

Identificación SAIJ : V0106733

TEMA

RESOLUCION CONTRACTUAL-COMPRVENTA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Es válida la resolución contractual dispuesta por el comprador de una casa prefabricada, la cual fue entregada en condiciones que no la hacían apta para su habitabilidad, dado que, la empresa vendedora no acreditó que al cliente le correspondía concluir la terminación de la vivienda tal como alegó en su responde y, se advierte que tampoco cumplió con el deber de informar como manda el decreto 1798/94 reglamentario de la ley 24.240, por lo que cabe cargar con las consecuencias de su omisión probatoria.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Decreto Nacional 1.798/94

FALLOS

CAMARA EN LO CIVIL Y COMERCIAL COMUN , CONCEPCION, TUCUMAN
(Ibañez de Córdoba - Bravo - Posse)
Ponce Hernández, María Del Huerto c/ Viviendas Mendoza S.R.L. s/ Daños Y Perjuicios
SENTENCIA del 1 DE AGOSTO DE 2013
Nro.Fallo: 13240191

Identificación SAIJ : C0409883

TEMA

RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO VIAL:ALCANCES-ACCIDENTE DE TRANSITO-
DEFENSA DEL CONSUMIDOR-OBLIGACION DE SEGURIDAD

La responsabilidad de una concesionaria vial por los daños producidos en el trazado a su cargo debe analizarse considerando el vínculo concesionario-usuario como una relación de consumo amparada por la ley 24.240,, cuyo artículo 5° y concordantes establecen la obligación de seguridad que alcanza a las cosas y servicios.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.5

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL

Sala I (María Susana Najurieta, Francisco de las Carreras)

O. V. del C. y otro c/ Accord Salud Unión Personal s/ Incidente de Apelación

SENTENCIA del 12 DE JULIO DE 2013

Nro.Fallo: 13020056

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL

(Mauricio Luis Mizrahi - Omar Luis Diaz Solimine - Claudio Ramos Feijoo)

Simonassi Hugo Rolando c/ Sigma Construcciones S.R.L Y Otros s/ Daños Y Perjuicios

SENTENCIA del 7 DE MARZO DE 2013

Nro.Fallo: 13020057

Identificación SAIJ : LL009205

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DAÑO MORAL

Deviene razonable la indemnización por daño moral en el marco de una relación de consumo en donde la fábrica de automotores y la concesionaria resultan solidariamente responsables por los defectos de fabricación constatados en el automóvil 0 km adquirido por el accionante, pues no cabe duda que deba presumirse la existencia de una lesión a las afecciones legítimas del actor, que comprende la angustia, las molestias, los trastornos y demás padecimientos de índole extrapatrimonial que trascendieron la normal adversidad que en la vida cotidiana se verifica frente a contingencias ordinarias al haber comprado un auto 0 km que no le pudo dar las satisfacciones pretendidas.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA ,
SANTA ROSA, LA PAMPA

Sala 01 (Martín - García de Olmos)

Tueros, Arnaldo Pablo c/ Peugeot Citroen Argentina S.A. y Otros s/ Ordinario

SENTENCIA del 30 DE AGOSTO DE 2013

Nro.Fallo: 13340022

Identificación SAIJ : A0075880

TEMA

PROTECCION DEL CONSUMIDOR-MEDICINA PREPAGA-MODIFICACION DEL CONTRATO

Cabe confirmar la sentencia que desestimó la demanda y rechazó el pedido de la asociación actora para que se declarara la inconstitucionalidad de las resoluciones N° 9/04 (SCT) y su modificatoria N° 175/07(SCI) que permiten - a su criterio- que el prestador del servicio de medicina prepaga pueda unilateralmente modificar las condiciones de un contrato de ejecución, aumentar el precio del servicio o rescindirlo, previa notificación al usuario con una antelación de 30 días, pues aun cuando el ratiocinio efectuado por el a quo acerca de los derechos que ante una alteración contractual les asistirían en forma individual a los consumidores, y a las asociaciones si se hallaran en juego derechos de incidencia colectiva, pueda considerarse erróneo puesto que podría llegar a vaciar de contenido la protección que brinda el arto 43 de la Constitución Nacional, se trata de expresiones obiter dicta que no integra la unidad lógico-jurídica que es la sentencia, dado que no constituyen la motivación que ha servido de base a lo decidido en el pleito, ni podría ser impedido en el futuro el acceso de la actora a la justicia sobre la base de tales consideraciones, razón por la que lo allí afirmado no le causa un gravamen actual y concreto que pueda ser examinado por el Tribunal. -Voto del juez Enrique S. Petracchi-.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, MAQUEDA, ZAFFARONI. Voto: PETRACCHI)

Unión de Usuarios y Consumidores c/ Estado Nacional -SCI- resol. 175/07 -SCT- resol. 9/04 y otro s/ proceso de conocimiento

SENTENCIA del 1 DE OCTUBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13000160

Identificación SAIJ : A0075878

TEMA

PROTECCION DEL CONSUMIDOR-MEDICINA PREPAGA-MODIFICACION DEL CONTRATO-IGUALDAD ANTE LA LEY

Cabe confirmar la sentencia que desestimó la demanda y rechazó el pedido de la asociación actora para que se declarara la inconstitucionalidad de las resoluciones N° 9/04 (SCT) y su modificatoria N° 175/07(SCI) que permiten - a su criterio- que el prestador del servicio de medicina prepaga pueda unilateralmente modificar las condiciones de un contrato de ejecución, aumentar el precio del servicio o rescindirlo, previa notificación al usuario con una antelación de 30 días, pues no resulta aceptable la alegada violación al principio constitucional de igualdad, en tanto el apelante no efectuó un mínimo desarrollo argumental que permita sustentar su agravio, en los términos que le exige la jurisprudencia del Tribunal.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: LORENZETTI, HIGHTON, MAQUEDA, ZAFFARONI. Voto: PETRACCHI)

Unión de Usuarios y Consumidores c/ Estado Nacional -SCI- resol. 175/07 -SCT- resol. 9/04 y otro s/ proceso de conocimiento

SENTENCIA del 1 DE OCTUBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13000160

.....

.....

Identificación SAIJ : A0073289

SUMARIO

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN-CONCESIÓN ERRÓNEA DEL RECURSO-MULTA-
PROTECCIÓN
DEL CONSUMIDOR

Corresponde declarar mal concedido el recurso ordinario de apelación contra la sentencia que confirmó las multas por infracción al punto I, del inc. b, del art. 2º del decreto 1153/97 —reglamentario de la ley 22.802— y del art. 4º de la ley 24.240 ya que el eventual y secundario interés fiscal que pueda tener la Nación en la percepción de ingresos provenientes de la aplicación de sanciones administrativas pecuniarias —disciplinarias o represivas— no basta para autorizar dicho recurso, toda vez que no puede hablarse de valor disputado cuando está en juego la aplicación de tales sanciones, cuya finalidad es restaurar el orden jurídico infringido, y no reparar un perjuicio o constituir una fuente de recursos para el erario.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 4

Decreto Nacional 1.153/97 Art. 2

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Argibay)

Cablevisión S.A. c/ DNICI-DISP.739/10 (EXPTE.s01:248.077/09)

SENTENCIA del 7 DE AGOSTO DE 2012

Nro.Fallo: 12000118

.....

Identificación SAIJ : B2960827

SUMARIO

COMPETENCIA-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONSUMIDORES-RELACIÓN DE
CONSUMO

COMPRAVENTA-ACTIVIDAD COMERCIAL-MAQUINARIAS AGRÍCOLAS-LEY APLICABLE

La Ley de Defensa del Consumidor resulta inaplicable a los fines de determinar la competencia judicial del proceso suscitado por los daños y perjuicios derivados de la compra de una maquinaria agrícola, dado que, al estar el vehículo destinado a desarrollar una actividad empresarial lucrativa, en tal caso el adquirente no se encuentra comprendido en el concepto de consumidor al que aluden los arts. 1 y 2 de la mentada ley.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, AZUL, BUENOS AIRES

(Louge Emiliozzi - Comparato - Bagú)

Ocampo, Martín Mariac c/ Agco, Argentina S.A y otro/a s/ Daños y perjuicios - incumplimiento contractual-

SENTENCIA, 1562672011 del 26 DE JUNIO DE 2012

Nro.Fallo: 12010071

Identificación SAIJ: N0017145

SUMARIO

RECUSACIÓN SIN CAUSA-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-JUICIO ORDINARIO-JUICIO SUMARÍSIMO

Siendo que el art. 14 CPCC, *in fine*, expresamente veda la posibilidad de recusar sin causa al juez en un proceso promovido por una asociación de defensa del consumidor en el marco de la Ley 24.240, la recusación deducida por la actora debió ser desestimada in límine (arg. art. 17 CPCC), más allá del trámite que eventualmente le asigne a la acción intentada de acuerdo con las atribuciones que le confiere la ley ritual. Es que, en el caso, la actora recusó sin causa al titular de un juzgado para el caso que este entendiera que correspondería imprimirle a las actuaciones el trámite ordinario. Ahora bien, la presente acción fue promovida en el marco de la Ley 24.240, solicitando en su escrito de inicio que, de conformidad con el art. 53 de esa ley, se le otorgara el trámite de juicio sumarísimo a este proceso. En ese marco, a los fines de establecer la procedencia de la recusación sin causa, debe estarse al trámite pretendido por la actora en su demanda y/o al que al proceso le imprime la Mesa General de Entradas al efectuar el sorteo pertinente, con base en lo expresamente solicitado por la accionante, con independencia de lo que luego se resuelva sobre ese particular. Así, no se estima pertinente que, para merituar la procedencia o no de la facultad consagrada por el art. 14 CPCC, el juez que ha sido recusado deba adentrarse en el estudio de la demanda instaurada y así establecer el trámite que le correspondería a la acción, pues ello importaría una asunción de competencia que le estaría vedada, en principio, pues ante todo debe expedirse sobre la recusación sin causa. En conclusión, a los fines que aquí ocupan, debe estarse al trámite que surge de la carátula del expediente que en el caso es el de juicio sumarísimo. Por tal razón, y en mérito a la improcedencia de la recusación formulada, se estima que corresponde que el titular del Juzgado -quien fue sorteado primigeniamente- sea el magistrado que entienda en estas actuaciones.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art. 14, Ley 17.454 Art. 17, Ley 24.240, Ley 24.240 Art. 53

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(Uzal - Míguez - Kölliker Frers.)

PROCONSUMER c/ LLAO LLAO RESORTS SA s/ SUMARISIMO.

SENTENCIA, 22236/10 del 22 DE FEBRERO DE 2011

Identificación SAIJ: K0028012

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PROVEEDOR DE INTERNET-NOTIFICACION

“No se puede tener por cumplida la notificación a los clientes con la publicación de las nuevas cláusulas en INTERNET pues dicha forma de notificación no se encuentra prevista en la ley, razón por la cual se torna ineficaz”. (Ver Sala II “HSBC Banco Roberts SA c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI N° 622/09”, Causa: 24.787/99, del 25/10/2001).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 03 (Grecco, Argento, Fernández.)

“HSBC BANK ARGENTINA S.A. c/ DNCI-DISP. 622/99(EXPTE. 117609/02)”.

SENTENCIA del 17 DE FEBRERO DE 2011

Identificación SAIJ: N0017270

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-USUARIOS Y CONSUMIDORES: RÉGIMEN LEGAL; CRITERIO DE INTERPRETACIÓN-INTERPRETACIÓN DE LA LEY

La Ley 24.240 en su actual redacción, aprecia la posición del consumidor o usuario como aquella persona que agota, en sentido material o económico, el bien o servicio contratado (la consunción final, material, económica o jurídica). En síntesis, si bien se reconoce que la ley no abandonó terminantemente el criterio finalista en punto a la calificación del consumidor, quien sigue siendo el destinatario final, permite examinar en cada caso si el acto de consumo origina, facilita o se integra en un proceso de producción de bienes o servicios, en cuya virtud el sujeto no sería consumidor en términos estrictos. Y, en el caso, se carece de todo elemento de juicio que permita siquiera presumir su calidad de consumidor en tanto la trascendencia económica del mutuo —que asciende a U\$S 120.000— y la calidad de sociedad comercial (SA) que exhibe la apelante, conducen inevitablemente a colegir que se encuentra excluida de la noción de consumidor precedentemente definida. Dicho en otras palabras, aquellas observaciones constituyen premisas que conducen a inferir que dicho préstamo de dinero no tuvo como finalidad el consumo, sino su integración en un proceso productivo (conf. arg. esta Sala, 1/7/10, Droguería del Sud SA c/ Prieto Roberto Manuel s/ ejecutivo; entre otros). Por consiguiente, no es válido concluir aquí la existencia del vínculo jurídico que significa la relación de consumo, cuyo objeto consiste: i) en los servicios, considerados como un hacer intangible que se agota con el quehacer inicial y desaparece e involucra una obligación de hacer y un derecho creditorio; y ii) los bienes, que se refieren a las cosas elaboradas y con destino al uso final, que son en realidad productos, a las cosas sin elaboración, materiales e inmateriales, durables o no y los inmuebles (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”, p. 101 y 105, Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2003). Fundamentos de la Dra. Tevez: Las razones expuestas en el precedente de esta Sala “Banco Meridian SA c/ Todo Block SA s/ secuestro prendario” del 1.12.2009, permiten sostener que en el supuesto planteado -en el caso-, no se han aportado elementos que conlleven a tener por acreditado que el préstamo de dinero se vinculó con una operatoria de consumo, por lo que no resulta de aplicación la Ley 26.361

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, LEY 26.361

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(Barreiro - Ojea Quintana - Tevez.)

TASSONE, SERGIO RICARDO c/ AGROSERVICIOS CHACABUCO SA Y OTRO s/ EJECUTIVO.

SENTENCIA, 41059/09 del 24 DE FEBRERO DE 2011

Identificación SAIJ: N0017269

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONSUMIDORES: ALCANCES; CONCEPTO; CRITERIO DE INTERPRETACIÓN-TUTELA LEGAL

1. El artículo 2 de la Ley 26.361 suprimió la exigencia que contenía -con discutible técnica legislativa- el precepto de idéntica numeración de la Ley 24.240, concerniente a la exclusión de la noción de consumidor a quienes consumían bienes y servicios para integrarlos a procesos productivos. La significación de esta modificación legislativa es de suma trascendencia pues cabe estimar que la norma amplió, de esta manera, el concepto del sujeto merecedor de la tutela legal. 2. La desaparición de ese texto del artículo 2, y por consiguiente de su decreto reglamentario, nos lleva a interpretar el espíritu del legislador por contraposición, entendiendo que la derogación citada implica un cambio de

concepto de manera tal que aquéllos que adquieran un bien o servicio en su carácter de comerciantes o empresarios, quedarán igualmente protegidos por esta ley siempre que el bien o servicio no sea incorporado de manera directa en la cadena de producción. De tal manera, las personas jurídicas y los comerciantes ven ahora ampliado el campo de supuestos en el que podrán revestir el carácter de consumidores y en consecuencia, bregar por la protección de la ley (Alvarez Larrondo, Federico M., "El impacto procesal y de fondo de la nueva Ley 26.361 en el Derecho del Consumo", en Sup. Esp. Reforma de la ley de defensa del consumidor, La Ley 01.01.08, p. 25, y sus citas). 3. Ello permite sostener, que en el nuevo sistema la tutela se diseña de otro modo: a) se mantiene la noción de consumo final como directiva prioritaria para circunscribir la figura del consumidor; b) se extiende la categoría también al "destinatario o usuario no contratante" y c) se suprime un criterio de exclusión que contenía la versión anterior del artículo 2 en cuanto que no eran consumidores quienes integren los bienes y servicios a procesos productivos (Ariza, Ariel, "Más que una reforma. Desplazamientos del Derecho del Consumidor en el Derecho Privado", en Sup. Esp. Reforma de la ley de defensa del consumidor, La Ley 1.1.08, p. 49).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, LEY 26.361 Art. 2

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

(Barreiro - Ojea Quintana - Tevez.)

TASSONE, SERGIO RICARDO c/ AGROSERVICIOS CHACABUCO SA Y OTRO s/ EJECUTIVO.

SENTENCIA, 41059/09 del 24 DE FEBRERO DE 2011

.....
Identificación SAIJ: H0000916

SUMARIO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-REPARACION DEL AUTOMOTOR-DEFENSA AL CONSUMIDOR-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-AMBITO DE APLICACIÓN-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDRO-DAÑOS Y PERJUICIOS-CARGA DE LA PRUEBA-INDEMNIZACION POR DAÑOS-DAÑO MATERIAL-PRIVACIÓN DEL USO DEL AUTOMOTOR-DAÑO MORAL

Sin perjuicio del ámbito de esta acción de la Ley 24.240 que establece una serie de pautas y directrices que resguardan a la consumidora o usuaria como parte mas débil de la relación, y que en este caso se traduce en presunciones ante la entrega de presupuesto y de garantía, la prueba exigida a la actora, resulta hasta contraria a la regla contenida en el art. 377 del Código Procesal, ya que la actora acreditó los hechos constitutivos de la relación (servicios contratados y precio abonado y desperfectos del automotor), con lo cual pesaba como carga del demandado, acreditar, alguno de los hechos extintivos de la relación y ni siquiera ofreció prueba.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, LEY 912 Art. 377

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN

Sala 02 (Federico Gigena Basombrio Patricia M. Clerici)

BENEGAS, ELVIRA. c/ SAAVEDRA, PEDRO ALBERTO. s/ SUMARISIMO LEY 2268.

SENTENCIA, 119/11 del 14 DE JUNIO DE 2011

.....
Identificación SAIJ: H0000914

SUMARIO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-REPARACIÓN DEL AUTOMOTOR-DEFENSA AL CONSUMIDOR-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-AMBITO DE APLICACIÓN-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DAÑOS Y PERJUICIOS-CARGA DE LA PRUEBA-INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS-DAÑO MATERIAL-PRIVACIÓN DEL USO DEL AUTOMOTOR-DAÑO MORAL

Debe prosperar la demanda en tanto se encuentra probado en autos los servicios requeridos al demandado, es decir la reparación del motor de la camioneta que le encargara la actora; también se encuentra acreditado que el demandado no entregó presupuesto por los trabajos realizados, sino que lo hicieron quienes intervinieron en la rectificación del motor, con lo cual y conforme lo sostiene Farina: "la falta de entrega del presupuesto con los datos que exige el art. 21 la Ley 24.240, deberá operar como una presunción iuris tantum a favor de lo que afirme el usuario, teniendo en cuenta la naturaleza y características del servicio (clase de trabajo, materiales empleados, precio convenido, etc.) y atendiendo, en lo pertinente a lo dispuesto por los art. 1632, 1635 y consc. del Cód. Civil; pero, a la inversa de lo dispuesto por estas normas, será a cargo del prestador del servicio la prueba en contrario de lo afirmado por el usuario o consumidor (arg. art.37, inc. c).

De otro modo este art. 21 estaría de más. " (en "Defensa del Consumidor y del Usuario", p. 304).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 1632, Ley 340 Art. 1635, Ley 24.240 Art. 21, Ley 24.240 Art. 37

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN

Sala 02 (Federico Gigena Basombrio Patricia M. Clerici)

BENEGAS, ELVIRA. c/ SAAVEDRA, PEDRO ALBERTO. s/ SUMARISIMO LEY 2268.

SENTENCIA, 119/11 del 14 DE JUNIO DE 2011

.....

Identificación SAIJ: H0000915

SUMARIO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-REPARACIÓN DEL AUTOMOTOR-DEFENSA AL CONSUMIDOR-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ÁMBITO DE APLICACIÓN-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DAÑOS Y PERJUICIOS-CARGA DE LA PRUEBA-INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS-DAÑO MATERIAL-PRIVACIÓN DEL USO DEL AUTOMOTOR-DAÑO MORAL

Más allá de que la actora accione bajo la ley de defensa del consumidor, no corresponde que se le exija más detalles de los desperfectos técnicos del rodado que los especificados al demandar, ya que la misma es una simple usuaria, no se acreditó que tuviera conocimientos mecánicos, y por si fuera poco, acciona contra un prestador de servicio mecánico, es decir, quien le efectuara reparaciones en el motor de su vehículo y justamente era quien debía desvirtuar que los daños en su motor no le eran imputables a él, desde que se acreditó la contratación del trabajo de reparación, el precio abonado (conforme facturas que no fueron desconocidas por el demandado) y asimismo, que se encontraba vigente la garantía.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN

Sala 02 (Federico Gigena Basombrio Patricia M. Clerici)

BENEGAS, ELVIRA. c/ SAAVEDRA, PEDRO ALBERTO. s/ SUMARISIMO LEY 2268.

SENTENCIA, 119/11 del 14 DE JUNIO DE 2011

.....

Identificación SAIJ: H0000917

SUMARIO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-REPARACIÓN DEL AUTOMOTOR-DEFENSA AL CONSUMIDOR-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ÁMBITO DE APLICACIÓN-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DAÑOS Y PERJUICIOS-CARGA DE LA PRUEBA-INDEMNIZACIÓN POR DAÑO-DAÑO MATERIAL-PRIVACIÓN DEL USO DEL AUTOMOTOR-DAÑO MORAL

El daño moral reclamado es de naturaleza contractual, razón por la cual la norma específica que rige al caso es la del artículo 522 del Código Civil y no la genérica del artículo 2176 que se refiere a los restantes daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato.

Pues bien, la reparación del agravio moral en materia contractual debe ser interpretada con criterio restrictivo, debiendo exigirse, en todos los casos, la prueba concreta del perjuicio que se alega haber sufrido. Ello por cuanto no cualquier afectación anímica o lesión a los sentimientos de una persona puede ser admitida, sino sólo aquella que, por su gravedad, puede dar lugar a un verdadero perjuicio espiritual en detrimento de los derechos personales.

Porque como lo ha precisado la jurisprudencia, si bien el solo obrar antijurídico "puede" hacer surgir de los hechos mismos la demostración del daño moral, no lo es menos que se alude a hechos con virtualidad suficiente para producir lesión en las afecciones legítimas de la víctima, ello en virtud de que el derecho, que toma como cartabón al hombre medio, no puede atender a reclamos que denotan una susceptibilidad excesiva y eminentemente individual, desde que uno de los requisitos para la resarcibilidad del daño es que el mismo sea jurídicamente significativo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 522, Ley 340 Art. 2176

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA, NEUQUEN, NEUQUEN
Sala 02 (Federico Gigena Basombrio Patricia M. Clerici)
BENEGAS, ELVIRA. c/ SAAVEDRA, PEDRO ALBERTO. s/ SUMARISIMO LEY 2268.
SENTENCIA, 119/11 del 14 DE JUNIO DE 2011

.....

Identificación SAIJ: C0403431

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CARGA DE LA PRUEBA

En los casos que se reclaman daños y perjuicios por la privación del uso de un bien (en el caso, un televisor plasma de cuarenta y dos pulgadas) debe producirse prueba cabal de los perjuicios sufridos porque la sola privación no resulta "*per se*" suficiente para acreditarlos. No se trata de un daño "*in re ipsa*", por lo que debe demostrarse su existencia fehacientemente y en estos supuestos no es válido acudir a la mera valoración "presuncional" del perjuicio, por lo cual debe traerse a la contienda la prueba de los concretos desméritos económicos.

(Sumario N°19047 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL
Sala L (PEREZ PARDO, LIBERMAN, GALMARINI.)
FLORES, Alberto Nicolás c/ MINASSIAN, Roberto Esteban s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.
SENTENCIA del 26 DE MARZO DE 2009

Identificación SAIJ: Q0023391

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Los medios habilitados constitucionalmente con el fin de salvaguardar los intereses de los usuarios y consumidores, comprenden las acciones privadas que tienen derecho a emprender las personas físicas y jurídicas. Y, entre las acciones privadas, se incluye el derecho a peticionar a las autoridades para que arbitren los medios de protección (legales y jurisdiccionales) de usuarios y consumidores.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT

Sala B (Nélida Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)

G., F. A. c/ A. A. SA s/ SUMARISIMO

SENTENCIA, 16-C-10 del 29 DE ABRIL DE 2010

Identificación SAIJ: Q0023649

SUMARIO

RECURSO DIRECTO DE APELACION-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Esta Sala ha señalado que estas Apelaciones que autorizan las Leyes -Nacional y Provincial- de Defensa del Consumidor, constituyen un Recurso Jurisdiccional "...instituido por la legislación especial contra decisiones administrativas que causan agravio a los derechos de los administrados...vías - llamadas por la doctrina como Recursos Jurisdiccionales de Apelación o Directos".

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT

Sala CIVIL (Daniel Luis Caneo José Luis Pasutti Fernando S.L. Royer)

"G., P. A. c/ C. s/ Reclamo s/ Apelación art. 7º Ley VII Nº 22 (antes 4219)" s/ Recurso de Queja

INTERLOCUTORIO, 20-C-10 del 25 DE JUNIO DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024136

SUMARIO

DERECHOS DEL CONSUMIDOR

En el marco del Derecho actual, el desarrollo doctrinario y la protección legal del derecho del consumidor permiten afirmar que al adquirente de una cosa no cabe asegurarle sólo el simple uso de la cosa, sino un uso seguro y confiable de ella, de modo que reparados los defectos que inicialmente se adviertan en la misma, la cosa pueda ser colocada en condiciones óptimas para satisfacer el uso al que está destinada.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT

Sala B (Graciela Mercedes García Blanco Nélida Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)

A. A. SA Y G. M. DE A. SRL en autos: "L. T. SRL (Z., M. G.)c/ A. A. Y C. s/ RECLAMO s/ APELACIÓN art. 7 LEY 4219

SENTENCIA, 56-C-10 del 11 DE NOVIEMBRE DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024258

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Para seleccionar la situación jurídica merecedora de protección se recurre a la idea de “consumo final”. Este concepto indica que el producto es retirado de la denominada “cadena de valor”, que supone que un bien o servicio adquiere desde que es concebido, proyectado, diseñado, fabricado, importado o ensamblado, distribuido, y finalmente colocado por el minorista al consumidor; quien ya no lo continúa comercializando sino que lo destina a su uso; ya no alimenta el ciclo económico del bien, sino que éste llega a su fin.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, PUERTO MADRYN, CHUBUT

(Mario Luis Vivas Claudia Abraham)

M. E. c/ Z., D. R. y otro s/ Daños y Perjuicios

SENTENCIA, 04-C-10 del 10 DE OCTUBRE DE 2010

Identificación SAIJ: C0403430

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD DEL COMERCIANTE-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

En el supuesto en el que se envía a reparar un electrodoméstico —en el caso, un TV de plasma de cuarenta y dos pulgadas— y el aparato es devuelto a una persona que se hace pasar por el dueño, corresponde responsabilizar al propietario del comercio por los perjuicios causados. Si no acreditó haber tomado los recaudos exigibles para entregarlo a su propietario. Es que si no se logró demostrar por un medio indubitable la devolución a su propietario ni que este hubiera autorizado a terceros a recibirlo ante una situación dudosa se torna aplicable el principio “en caso de duda a favor del consumidor” establecido en la ley 24.240 de defensa al consumidor.

(Sumario N°19046 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, CAPITAL FEDERAL

Sala L (PEREZ PARDO, LIBERMAN, GALMARINI.)

FLORES, Alberto Nicolás c/ MINASSIAN, Roberto Esteban s/ DAÑOS YPERJUICIOS.

SENTENCIA del 26 DE MARZO DE 2009

Identificación SAIJ: Q0023451

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Como en muchos otros sectores del derecho la complejidad del tráfico hace exigible la protección responsable del consumidor (art. 42 CN y ley 24.240) y la confianza como principio de contenido ético

impone a los operadores un inexcusable deber de honrar tales expectativas. El quiebre de la confianza implica la contravención de los fundamentos de toda organización jurídica y torna insegura la actividad de los operadores económicos.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT

Sala B (Graciela Mercedes García Blanco Nélide Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)

F., M. E. c/ B. P. SA s/ SUMARÍSIMO

SENTENCIA, 06-C-10 del 11 DE MARZO DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024257

SUMARIO

DERECHOS DEL CONSUMIDOR: CARACTER

Atendiendo al destino de la adquisición y la actividad de tipo profesional del actor es fácil advertir que no reviste carácter de consumidor, o destinatario final del bien, a los fines de la aplicación de la Ley 24.240 ya que se trata de un profesional que compraba un elemento para su trabajo, lo que lo excluye del régimen tutelar del consumidor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, PUERTO MADRYN, CHUBUT

(Mario Luis Vivas Claudia Abraham)

M. E. c/ Z., D. R. y otro s/ Daños y Perjuicios

SENTENCIA, 04-C-10 del 10 DE OCTUBRE DE 2010

Identificación SAIJ: K0027049

SUMARIO

COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La Comisión Nacional de Comunicaciones deberá efectuar el control ab initio y durante el lapso de 90 días, conminando a la empresa para que cumpla con lo ordenado durante el plazo de 60 días fijado para hacerlo, y a su vez deberá verificar que la ejecución se haya efectuado de conformidad con las pautas fijadas por la Sala. Ello no obsta a que, en uso de sus facultades, siga ejerciendo el control que le es debido sobre la actividad de la demandada hasta el íntegro cumplimiento de la sentencia, si por alguna razón se demorara.

Sin perjuicio de ello, pasados los referidos 90 días, el Defensor del Pueblo deberá tomar conocimiento de lo actuado por la Comisión Nacional de Comunicaciones e informar su resultado a este Tribunal en el plazo de 20 días (Del voto del juez Morán, cons. VI).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Identificación SAIJ: Q0019877

SUMARIO

ACTO ADMINISTRATIVO-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Si se tiene en cuenta que la Ley Provincial N° 4219 no prevé trámite alguno para la sustanciación del recurso que contempla en su art. 7º, sino que dispone que supletoriamente se aplicarán las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial. Por ello, la privación de esa vía jurisdiccional, por una razón ritual no contemplada en la norma, importa definitivamente una afectación de la garantía de la defensa en juicio, en el marco del procedimiento previsto. Es natural que se consideren ciertas exigencias de admisibilidad: que el recurso sea fundado, que contenga crítica razonada, que la decisión sea final en el orden administrativo según la ley lo haya previsto, que no se acuda a recursos administrativos paralelos. Mas la privación que se apoya en un tope pecuniario no estipulado, no se concilia con la naturaleza de la vía judicial de control de la actividad administrativa establecida, con la índole del derecho subjetivo público protegido, ni con la finalidad que informa su previsión, que lo retrae del circuito normal de revisión por vía de las acciones procesales administrativas, y hasta otorga competencia para su conocimiento a jueces distintos de los que a aquéllas corresponde.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 4.219. Art. 7

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT

Sala CIVIL (José Luis Pasutti Fernando Royer Daniel Luis Caneo)

F.E. e H. SA c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Apelación art. 7º - Ley 4.219

SENTENCIA, 01-A-08 del 12 DE FEBRERO DE 2008

Identificación SAIJ: Q0020785

SUMARIO

RECURSO DIRECTO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Este Cuerpo, después de analizar las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, sentó criterio en orden a la naturaleza jurídica del recurso jurisdiccional que la misma Ley Provincial Nro. 4.219 prevé en su art. 7 para acceder al control judicial de un acto administrativo que pudiera haber dictado algún órgano de aplicación de la citada normativa.

De este modo y diferenciándose esta vía recursiva con las acciones judiciales propiamente dichas, sostuve que aquélla permite efectuar una revisión inmediata de la decisión administrativa en una gradualidad mínima, limitada a la legalidad de los procedimientos y decisiones seguidas por la Administración, más no importa un juicio pleno, con prueba y debate, reservado a las acciones.

En fin, la revisión o apelación directa en tratamiento es conferida, en los casos en que la Administración “juzga” en ejercicio del poder de policía y en cumplimiento de funciones reglamentarias, fiscalizadoras, sancionatorias, periciales, etc.; y presentándose como una suerte de privilegio que hace, al decir de Elías Guastavino, “más expedita y efectiva la tutela de los intereses públicos”.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 4.219. Art. 7

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT
Sala CIVIL (Fernando S.L. Royer Daniel Luis Caneo José Luis Pasutti)
B.B. SA c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Apelación art. 7 Ley 4219
SENTENCIA, 08-A-08 del 1 DE SETIEMBRE DE 2008

Identificación SAIJ: Q0020786

SUMARIO

RECURSO DIRECTO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Privar la vía recursiva prevista en una Ley Especial, por una razón adjetiva o ritual que la misma norma no contempla, vulnera definitivamente la garantía de la defensa en juicio.

En otros términos, no se puede hacer aplicación supletoria de las normas pertinentes del C.P.C.C., cuando ello, se traduce en un verdadero obstáculo judicial que impide totalmente la revisión judicial.

En el sub-lite es inaplicable el límite cuantitativo del art. 242 del C.P.C.C. porque al recurrente se le cierra el camino para ejercer el derecho de acceso ante la justicia; y máxime si se tiene en cuenta que el art. 7 de la Ley Nro. 4219 no establece límites pecuniarios o de otra índole.

Por otra parte, la propia finalidad de la Ley al acordar el Recurso directo tiene por objetivo, garantizar la celeridad, en resguardo de los intereses de ambas partes, aligerando las cargas judiciales, evitando por ejemplo que el sancionado deba acudir a un juicio ordinario con todas las vicisitudes que ello implica.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY Nro. 2203. Art. 242, LEY 4.219. Art. 7

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT
Sala CIVIL (Fernando S.L. Royer Daniel Luis Caneo José Luis Pasutti)
B.B. SA c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Apelación art. 7 Ley 4219
SENTENCIA, 08-A-08 del 1 DE SETIEMBRE DE 2008

Identificación SAIJ: Q0020787

SUMARIO

RECURSO DIRECTO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Se debe tener en cuenta el espíritu propio que emana de la Ley de Defensa del Consumidor y de las demás normas tuteladoras que vienen a integrar el denominado "derecho del consumidor y usuario".

En este sentido, más allá del monto que pueda estar involucrado, o si se quiere, por más que pareciera insignificante la infracción, lo que verdaderamente se busca es el ordenamiento de la actividad comercial, la defensa de los derechos de los potenciales consumidores a estar debidamente informados de las características de los bienes o servicios que se le ofrecen.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT
Sala CIVIL (Fernando S.L. Royer Daniel Luis Caneo José Luis Pasutti)
B.B. SA c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Apelación art. 7 Ley 4219
SENTENCIA, 08-A-08 del 1 DE SETIEMBRE DE 2008

Identificación SAIJ: C1001719

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DERECHO COMUN

La Ley nro. 24.240 no es una ley federal, sino que integra el derecho común, toda vez que resulta complementaria de los preceptos contenidos en los códigos Civil y de Comercio. (Voto del Dr. Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de la Dra. Ana María Conde).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)

Banco Hipotecario SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

INTERLOCUTORIO, 5527/07 del 30 DE ABRIL DE 2008

Identificación SAIJ: C1001723

SUMARIO

PODER DE POLICÍA-CONTRATO DE CONCESIÓN-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CRISIS ECONÓMICA

La autoridad de aplicación de la Ley nro. 24.240 obra en ejercicio del poder de policía al que el legislador decidió someter no los contratos y servicios contemplados en ella, sino la ejecución que a dichos contratos da una de sus partes, a la que estima más poderosa que la otra, ello como un control que concurre con las potestades individuales de cada consumidor o usuario individualmente considerado y que, tiende a fortalecer las posibilidades de defensa que a ellos se procura otorgar por ser la parte más débil del vínculo en cuestión. (Voto en disidencia del Dr. Luis F. Lozano).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)

Banco Hipotecario SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

INTERLOCUTORIO, 5527/07 del 30 DE ABRIL DE 2008

Identificación SAIJ: C1001870

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RECURSO DE QUEJA POR INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADA-INTERPRETACIÓN DE LA LEY

La actividad que despliega la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor importa el ejercicio de la función administrativa habilitada a las autoridades locales por la Ley de Defensa del

Consumidor para las inconductas que ella regula. (Voto del Dr. Julio B. J. Maier, al que adhieren los Dres. Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)

Banco Cetelem Argentina SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

INTERLOCUTORIO, 5639/07 del 25 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: C1002002

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RECURSO DE QUEJA POR INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADA-INTERPRETACIÓN DE LA LEY

La actividad que despliega la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor importa el ejercicio de la función administrativa habilitada a las autoridades locales por la Ley de Defensa del Consumidor para las inconductas que ella regula. (Voto del Sr. Juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los Sres. Jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás. En sentido concordante ver voto del Sr. Juez Luis F. Lozano).

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Alicia E. C. Ruiz Ana María Conde José O. Casás Julio B. J. Maier Luis F. Lozano)

Banco Cetelem Argentina SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

INTERLOCUTORIO, 5639/07 del 25 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: 50007495

SUMARIO

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR: CÁRACTER

Al ser categorizada como de orden público la Ley de Defensa del Consumidor se debe entender que su aplicación es esencial para el normal desenvolvimiento de la actividad comercial de nuestro país.

Es innegable que la protección al consumidor reglada en la ley 24.240, debe ser emplazada en el ámbito del orden público económico. El "orden público económico de protección de la parte débil" pretende restablecer el equilibrio contractual, afectado por la disparidad de fuerzas, y el de coordinación, que defiende el "mínimum inderogable", en aras de los derechos esenciales de la persona que ostenta tal situación de vulnerabilidad"...

Además de ello, sin lugar a hesitación, se colocó a la ley del consumidor por encima de los intereses individuales o de algún sector interesado, razón por la cual su aplicación prima en todo acto de consumo.

Este es el criterio que marca como derrotero la Corte Federal al interpretar que los tribunales deben considerar la aplicación de las leyes de esta categoría aun cuando las partes lo omitan

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL Y MINERÍA, SAN JUAN, SAN JUAN

Sala 01 (Alferillo, Pascual Eduardo Ferreira Bustos, Carlos Eduardo Riveros, Gilberto Américo)
BANCO DE SAN JUAN S.A. c/ Minuzzi, Luis Darío y Otro s/ Sumario - Cobro de Pesos
SENTENCIA, 19736 del 6 DE MARZO DE 2009

Identificación SAIJ: Q0023392

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-LEY DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Lo que sanciona la ley de defensa del consumidor es la omisión o incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de prestadores de bienes y servicios que fueron impuestos como forma de equilibrar la relación prestatario-consumidor.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT
Sala B (Nélida Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)
G., F. A. c/ A. A. SA s/ SUMARISIMO
SENTENCIA, 16-C-10 del 29 DE ABRIL DE 2010

Identificación SAIJ: Q0023395

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El consumidor llega al producto luego de que se convence de su necesidad. Necesidad que deriva probablemente de cuestiones personales y/o profesionales, pero además por ser la consecuencia de la publicidad y otros medios de inducción utilizados por la modernas empresas proveedoras de bienes de consumo masivo. La adquisición de bienes por impulso o moda, lleva a considerar casi de indispensable uso lo que ayer eran lujos o excentricidades.

Quienes provocan este cambio de conducta en los ciudadanos, creando las "normas sociales de consumo", deben responsabilizarse de los daños que ocasiona la insatisfacción vivencial de quienes inducidos por estas técnicas comerciales ven frustradas sus expectativas consumeriles por la inadecuada provisión del ansiado producto.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT
Sala B (Nélida Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)
G., F. A. c/ A. A. SA s/ SUMARISIMO
SENTENCIA, 16-C-10 del 29 DE ABRIL DE 2010

Identificación SAIJ: Q0023396

SUMARIO

INDEMNIZACIÓN-DAÑO MORAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La reparación del daño moral no está excluido en el Derecho del Consumidor, así vemos que el art. 40 LDC, no diferencia tipos de daños que deben repararse, y lo viabiliza el art. 17 *in fine* LDC, es por ello y por la aplicación de los arts. 18 y 42 CN 33 de la CPcial. y 1078 Código Civil, corresponde mandar

resarcir el daño moral; máxime en una situación como la que nos ocupa en que el proveedor ni siquiera contestó la demanda, habiendo sido debidamente notificada, siendo declarada rebelde

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 1078, Constitución Nacional Art. 18, Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240 Art. 17, Ley 24.240 Art. 40, LEY V - Nº 67 Art. 33

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT

Sala B (Nélida Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)

G., F. A. c/ A. A. SA s/ SUMARISIMO

SENTENCIA, 16-C-10 del 29 DE ABRIL DE 2010

Identificación SAIJ: Q0023421

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-FACULTADES DEL JUEZ

A partir de la vigencia del nuevo texto constitucional la protección del consumidor ha sido admitida como un principio general informador del ordenamiento jurídico del Derecho Privado, de tal modo que ello le confiere a ese sector del Derecho una dinámica y una lógica propias que obligan a los jueces -y a cualquier otra autoridad- a actuar de conformidad con las valoraciones inherentes, al mismo tiempo de interpretar y aplicar la normativa especial o general que rige las relaciones de consumo.

Evidentemente, la cuestión guarda relación con el llamado proceso de “constitucionalización del Derecho Privado”, entre cuyas implicancias destaca la necesidad de que los operadores jurídicos efectúen una relectura de las normas de Derecho Privado desde la perspectiva constitucional. Este enfoque del tema adquiere fundamental importancia cuando se advierte que la ley 24.240 (con sus modificaciones posteriores) constituye la sede principal pero no exclusiva del subsistema de defensa el consumidor, pues sus contenidos no agotan la regulación de la materia, siendo complementada con el régimen de derecho común y con las normas especiales destinadas a regular algunos sectores específicos de la contratación, así como también por las normas de defensa de la competencia y lealtad comercial.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT

Sala A (Julio Antonio Alexandre Silvia N. Alonso de Ariet Fernando Nahuelanca)

L., O. O. c/ A. SA s/ SUMARÍSIMO

SENTENCIA, 10-C-10 del 7 DE ABRIL DE 2010

Identificación SAIJ: Q0023652

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-LEY DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: CARACTER

“...el Derecho al Consumidor atraviesa horizontalmente el ordenamiento jurídico, proyectándose su aplicación desde la relación de consumo, de base fáctica, a través de la cual se identifica la situación

de vulnerabilidad estructural que es objeto de protección por el mismo orden público, sin distinción entre proveedores según sean permanentes u ocasionales, personas públicas o privadas, nacionales o provinciales.

Asimismo, la activación del estatuto de defensa del consumidor mediante la detección de la relación de consumo, eleva el umbral protectorio y califica la relación jurídica en su misma naturaleza, abstrayéndola de las categorías públicas o privadas en que se inserten las regulaciones a que estén sometidos proveedores y órganos de control. Ya no se trata de relaciones civiles, comerciales o administrativas, sino de relaciones de consumo.

Dicho estatuto se estructura desde su vértice en el art. 42 de la Constitución Nacional, organizando su reglamentación a partir de la Ley 24.240 hacia sus reglamentaciones particulares y normas modificatorias y complementarias, lo que no implica desconocer que otras normas del ordenamiento contengan derechos a favor del usuario o consumidor, aunque formando parte de otros sistemas normativos. ...La Ley de Defensa del Consumidor, a su vez, diseña un sistema de controles adecuado a la tutela de la relación de consumo, en su individualidad así como en su proyección o incidencia colectiva.”

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT

Sala CIVIL (Daniel Luis Caneo José Luis Pasutti Fernando S.L. Royer)

“G., P. A. c/ C. s/ Reclamo s/ Apelación art. 7º Ley VII Nº 22 (antes 4219)” s/ Recurso de Queja

INTERLOCUTORIO, 20-C-10 del 25 DE JUNIO DE 2010

.....
Identificación SAIJ: Q0023653

SUMARIO

RECURSO DIRECTO DE APELACION-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

La potestad judicial de “revisar” el acto administrativo que dirimió una relación de consumo y fue objeto del Recurso, y discernir la existencia o no de vicios que lo afectan, confirmándolo o revocándolo, es indiscutible e indiscutida.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT

Sala CIVIL (Daniel Luis Caneo José Luis Pasutti Fernando S.L. Royer)

“G., P. A. c/ C. s/ Reclamo s/ Apelación art. 7º Ley VII Nº 22 (antes 4219)” s/ Recurso de Queja

INTERLOCUTORIO, 20-C-10 del 25 DE JUNIO DE 2010

.....
Identificación SAIJ: 50007878

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD DEL HIPERMERCADO-PLAYAS DE ESTACIONAMIENTO-HURTO DE AUTOMOTOR-LEY DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La responsabilidad por el daño debe ser analizada a la luz de los preceptos de la ley 24.240, lo cual implica aceptar que, demostrado el daño, “sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena” (art. 40, *in fine*), puesto que como veremos, la situación planteada cae bajo el amparo que da el art. 1, inciso b) a la prestación de servicios.

Está claro que el legislador ha querido proteger al consumidor en caso de sufrir un daño y llevar el reclamo a la Justicia, con la inversión de la carga de la prueba. Imposición legal de no menor importancia a la hora de la valoración de la prueba.

“Recordemos que la ley del Defensa del Consumidor aplica el Principio ‘indubio pro consumidor’, tomando como parte débil da la relación al consumidor.

Esto es, que no queda solo en cabeza del demandante probar como sucedieron los hechos y el demandado tomar una actitud pasiva (como comportamiento de autos) dedicándose solo a negar, pues por el contrario, acá es también el demandado el encargado de probar que los hechos no ocurrieron como el actor relata, o por lo menos tratar de desvirtuar su prueba”.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 1, Ley 24.240 Art. 40

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL Y MINERÍA, SAN JUAN, SAN JUAN
Sala 01 (Alferillo, Pascual Eduardo Ferreira Bustos, Carlos Eduardo Riveros, Gilberto Américo)
CALVO, Jorge Claudio y Otra c/ Hiper Libertad S.A. s/ Daños y Perjuicios
SENTENCIA, 20370 del 30 DE JULIO DE 2010

.....
Identificación SAIJ: K0027011

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DERECHOS DEL CONSUMIDOR: ALCANCES

La ley 24.240 instauró un sistema de protección de la parte débil en la relación de consumo, recomponiendo el equilibrio de los vínculos entre usuarios y proveedores, afectados ante situaciones abusivas de la vida cotidiana (Sala II, “OSDE -Organización de Servicios Directos Empresarios S.A. c/ DNCI -Disp. 376/08 (Expte. S01: 132.269/04)”, 4/08/2009 (Cons. IV).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Argento, Fernández.)
“Telecom Argentina S.A. c/ DNCI-DISP. 47/09 (Expte.S01:234831/05)”.
SENTENCIA del 26 DE FEBRERO DE 2010

.....
Identificación SAIJ: K0027010

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-MULTA (ADMINISTRATIVO)-INTERNET

La Dirección Nacional de Comercio Interior puede imponer a una empresa prestataria de telefonía una sanción de multa por infracción al artículo 46 de la ley 24.240, por no haber cumplido con las obligaciones que contrajera en el acuerdo conciliatorio homologado por disposición de esa Dirección. En el caso la empresa sancionada se había comprometido —entre otras cosas— a efectuar una bonificación del 100 % de abono mensual del servicio de acceso a internet “Highway 512K” por período de 6 meses y no cumplió en todos sus términos con el acuerdo conciliatorio alcanzado por las partes, ya que la queja efectuada por el actor relativa a la baja de velocidad en el servicio de acceso a internet no había sido solucionada.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 16

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Argento, Fernández.)

“Telecom Argentina S.A. c/ DNCI-DISP. 47/09 (Expte.S01:234831/05)”.

SENTENCIA del 26 DE FEBRERO DE 2010

Identificación SAIJ: K0027012

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-MULTA (ADMINISTRATIVO)

Si la empresa actora cumplió con la bonificación del servicio de internet y con el reintegro de dinero al usuario denunciante; y además los desperfectos técnicos relativos a la velocidad de conexión han sido restablecidos a la brevedad, resulta ajustado a derecho reducir la multa impuesta en un 40%) (Cons. VI).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Argento, Fernández.)

“Telecom Argentina S.A. c/ DNCI-DISP. 47/09 (Expte.S01:234831/05)”.

SENTENCIA del 26 DE FEBRERO DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024122

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: CARÁCTER

Existe la novedad legislativa de considerar al consumidor o usuario a quien sin ser parte de la relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o del grupo familiar o social.

“Al cambiar el punto de partida de las cuestiones procesales que anidan en el portal de entrada exigirán un cambio de mentalidad en jueces y abogados, donde no solamente se tratará de advertir quien puede o no ser parte, sino de resolver cual será el trámite.”.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT

Sala B (Graciela Mercedes García Blanco Nélica Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)

A. A. SA Y G. M. DE A. SRL en autos: “L. T. SRL (Z., M. G.)c/ A. A. Y C. s/ RECLAMO s/ APELACIÓN art. 7 LEY 4219

SENTENCIA, 56-C-10 del 11 DE NOVIEMBRE DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024126

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Las normas de la ley 24.240 son correctoras, complementarias o integradoras para el supuesto especial de tener que aplicarse al contrato para consumo, y no sustitutivas de la regulación General contenida en los códigos y demás legislación vigente, concretamente, esta ley no contiene una regulación completa de los actos que puedan dar nacimiento a un contrato para consumo según sus previsiones, sino que trata de corregir y evitar los abusos a que podría dar lugar la aplicación de la legislación ordinaria general preexistente en perjuicio de quien actúa como consumidor, pues es la parte estructuralmente más débil en las relaciones de consumo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT

Sala B (Graciela Mercedes García Blanco Nélica Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)

A. A. SA Y G. M. DE A. SRL en autos: "L. T. SRL (Z., M. G.)c/ A. A. Y C. s/ RECLAMO s/ APELACIÓN art. 7 LEY 4219

SENTENCIA, 56-C-10 del 11 DE NOVIEMBRE DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024133

SUMARIO

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

"La norma constitucional se basa en el reconocimiento del aspecto social del moderno contrato de masa, cuyos principales destinatarios son los consumidores y usuarios. Si bien el contrato no pierde por esto su carácter fundamentalmente personalista, propio del derecho privado. debe procurarse que la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales se realice sobre la base del reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de valores corresponde a la persona humana".

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT

Sala B (Graciela Mercedes García Blanco Nélica Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)

A. A. SA Y G. M. DE A. SRL en autos: "L. T. SRL (Z., M. G.)c/ A. A. Y C. s/ RECLAMO s/ APELACIÓN art. 7 LEY 4219

SENTENCIA, 56-C-10 del 11 DE NOVIEMBRE DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024135

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El art. 42 de la Constitución Nacional (art. 33 de la Constitución de la Provincia del Chubut) se presenta hoy en día como una pieza clave en el sistema de responsabilidad por daños a los consumidores y usuarios, y viene a apuntalar, al menos, en un doble sentido, las normas infraconstitucionales: a) estableciendo un deber de seguridad constitucional aplicable a las relaciones de consumo, que se integra con el resto de la normativa aplicable en cada caso y cuya extensión variará de acuerdo a las circunstancias, y b) compitiendo a los tribunales a interpretar los preceptos infraconstitucionales de conformidad con la especial protección que las Constituciones tanto Nacional como Provincial le otorgan al consumidor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, LEY V - Nº 67 Art. 33

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT
Sala B (Graciela Mercedes García Blanco Nélide Susana Melero Marta Susana Reynoso de Roberts)
A. A. SA Y G. M. DE A. SRL en autos: "L. T. SRL (Z., M. G.)c/ A. A. Y C. s/ RECLAMO s/ APELACIÓN
art. 7 LEY 4219
SENTENCIA, 56-C-10 del 11 DE NOVIEMBRE DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024247

SUMARIO

DERECHOS DEL CONSUMIDOR: CARACTERES; LIMITES

El elemento relevante a considerar es el destino final de lo que se adquiere. No realiza acto de consumo quien adquiere bienes o servicios para volver a introducirlos en el mercado quien los adquiere para integrarlos en procesos de producción o comercialización de bienes o servicios para el mercado.

El "consumo final", alude a una transacción que se da fuera del marco de la actividad profesional de la persona, ya que no va a involucrar el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo. De esta forma, todas las operaciones jurídicas realizadas sin motivos profesionales están alcanzadas por la normativa tutelar.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, PUERTO MADRYN, CHUBUT
(Mario Luis Vivas Claudia Abraham)
M. E. c/ Z., D. R. y otro s/ Daños y Perjuicios
SENTENCIA, 04-C-10 del 10 DE OCTUBRE DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024244

SUMARIO

DERECHOS DEL CONSUMIDOR:CONCEPTO

El consumidor o destinatario final es el sujeto de derecho que adquiere bienes o servicios sin intención de obtener una ganancia mediante su posterior enajenación, ni de emplearlos en un proceso de producción o comercialización de bienes o servicios destinados al mercado.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, PUERTO MADRYN, CHUBUT
(Mario Luis Vivas Claudia Abraham)
M. E. c/ Z., D. R. y otro s/ Daños y Perjuicios
SENTENCIA, 04-C-10 del 10 DE OCTUBRE DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024245

SUMARIO

DERECHOS DEL CONSUMIDOR: ALCANCES

No puede considerarse consumidor o destinatario final a quien adquiere bienes o servicios para revenderlos o cederlos a terceros en propiedad o en uso con ánimo de lucro.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, PUERTO MADRYN, CHUBUT
(Mario Luis Vivas Claudia Abraham)
M. E. c/ Z., D. R. y otro s/ Daños y Perjuicios
SENTENCIA, 04-C-10 del 10 DE OCTUBRE DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024246

SUMARIO

DERECHOS DEL CONSUMIDOR: DEFINICIÓN

Es consumidor quien con la adquisición de bienes pretende hacerse con el valor de uso de lo adquirido y no emplearlo en su trabajo o actividad para obtener otros bienes o servicios.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, PUERTO MADRYN, CHUBUT
(Mario Luis Vivas Claudia Abraham)
M. E. c/ Z., D. R. y otro s/ Daños y Perjuicios
SENTENCIA, 04-C-10 del 10 DE OCTUBRE DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024255

SUMARIO

DERECHOS DEL CONSUMIDOR: LÍMITES; CARACTER

En cuanto a la pretendida aplicación del régimen de defensa del consumidor debo establecer que el “consumo final” alude a una transacción que se da fuera del marco de la actividad profesional de la persona ya que no va a involucrar el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo. De esta forma, todas las operaciones jurídicas realizadas sin motivos profesionales están alcanzadas por la normativa tutelar.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, PUERTO MADRYN, CHUBUT
(Mario Luis Vivas Claudia Abraham)
M. E. c/ Z., D. R. y otro s/ Daños y Perjuicios
SENTENCIA, 04-C-10 del 10 DE OCTUBRE DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024256

SUMARIO

DERECHOS DEL CONSUMIDOR: CARACTER

El carácter de consumidor final, que se define por el destino de la adquisición, no atiende al elemento subjetivo del motivo personal que movió al individuo a consumir, sino objetivamente por la confrontación del destino del bien o servicio adquirido —también objetivamente considerado conforme su utilidad reconocida— con el área de profesionalidad del pretendido consumidor, si está fuera de ella, es pues un acto de consumo.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, PUERTO MADRYN, CHUBUT
(Mario Luis Vivas Claudia Abraham)
M. E. c/ Z., D. R. y otro s/ Daños y Perjuicios
SENTENCIA, 04-C-10 del 10 DE OCTUBRE DE 2010

Identificación SAIJ: K0027048

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-USUARIOS Y CONSUMIDORES-DEBER DE IGUALDAD DE TRATO-TASAS DE INTERÉS

Atento el principio de reciprocidad determinado en el art. 26 de la Ley de Defensa del Consumidor resulta aplicable a los usuarios y consumidores idéntica tasa de interés a la establecida en el artículo mencionado con respecto a los casos en que resultan procedentes los reclamos de las empresas prestadoras de servicio. Por ello, "la tasa de interés por mora en facturas de servicios públicos no podrá exceder en más del cincuenta por ciento (50%) la tasa activa para descuento de documentos comerciales a treinta (30) días del Banco de la Nación Argentina, correspondiente al último día del mes anterior a la efectivización del pago" (párrafo 6° del art. 31 de la ley 24.240, modificado por la ley 24.568) (Del voto del juez Morán, cons. IV).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 26, Ley 24.240 Art. 31

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Morán, Márquez, Fernández.)

"Unión de Usuarios y Consumidores c/ AMX Argentina SA s/ Proceso de conocimiento".

SENTENCIA del 9 DE MARZO DE 2010

Identificación SAIJ: K0027050

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-USUARIOS Y CONSUMIDORES-RESTITUCION DE SUMAS DE DINERO

La sentencia que hace lugar a la acción promovida por Unión de Usuarios y Consumidores contra la CTI PCS S.A. tendiente a que se ordenase cesar en su práctica de imponer a los usuarios del servicio el pago de la Tasa de Control, Fiscalización y Verificación, y del Aporte al Fondo Fiduciario del Servicio Universal y se reintegrase a los usuarios las sumas ilegítimamente percibidas por tales conceptos, se refiere a todos los usuarios afectados que pagaron alguna suma por dichos conceptos —aunque no sean clientes en la actualidad— debiendo la empresa arbitrar los medios necesarios para su devolución a cada uno de ellos (Del voto del juez Morán, cons. V).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 04 (Morán, Márquez, Fernández.)

"Unión de Usuarios y Consumidores c/ AMX Argentina SA s/ Proceso de conocimiento".

SENTENCIA del 9 DE MARZO DE 2010

Sumario nro. K0023242

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-ACUERDO CONCILIATORIO

El acuerdo privado al que las partes arriban resulta extemporáneo a los fines de la exculpación de la sanción cuando la etapa conciliatoria, se encuentra —procesalmente— finiquitada.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (Buján, Licht, Coviello.)

Diners Club Argentina SAC y T c/ DNCI -Disp. 249/01 (Expte. 64-1933/98)

SENTENCIA, 13.908 del 4 DE JULIO DE 2002

Sumario nro. F0024377

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El avance mundial del movimiento consumidor producido en los últimos cincuenta años dejó al descubierto la insuficiencia de los principios del derecho clásico para resolver, con equidad y justicia, los conflictos que se suscitan en una sociedad entre el individuo, situado como consumidor, y las empresas productoras de bienes y servicios.

Ante esta realidad, se reaccionó positivamente desde los ámbitos públicos y privados generando iniciativas que dieron origen a multiplicidad de organizaciones defensoras de los derechos de los consumidores.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-BALLADINI-SODERO NIEVAS (SEGÚN SU FUNDAMENTO: LUTZ: F0024347, F0024348, F0024349, F0024350, F0024351, F0024352, F0024353, F0024354, F0024355 Y F0024356) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0024357, F0024358, F0024359, F0024360, F0024361, F0024362, F0024363, F0024364, F0024365, F0024366, F0024367, F0024368, F0024369, F0024370, F0024371, F0024372, F0024373, F0024374, F0024375, F0024376, F0024377, F0024378, F0024379, F0024380, F0024381, F0024382, F0024383, F0024384, F0024385, F0024386, F0024387, F0024388, F0024389, F0024390, F0024391, F0024392 y F0024393))

B. S. A. s/ MANDAMUS

SENTENCIA, 0000000025 del 17 DE MARZO DE 2005

Sumario nro. Q0013831

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CULPABILIDAD

Resulta dudoso que la imputación respecto de infracciones a las normas de defensa al consumidor se deban exclusivamente a factores que dependan de la culpabilidad en forma similar a la materia penal dado que: “La norma no exige la existencia de un elemento subjetivo concreto determinando una

conducta objetiva contraria a los preceptos de la ley; sin que pueda pretenderse la existencia de un tipo penal concreto o la exigencia de la existencia de dolo o culpa en los términos exigidos por el derecho penal sustantivo”.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT
Sala CIVIL (Julio Antonio Alexandre-Daniel Luis Caneo-Fernando Nahuelanca)
T., S.A. c/ M., C.R. s/ Apelación art. 7 Ley 4219
INTERLOCUTORIO, 18 del 28 DE FEBRERO DE 2002

Sumario nro. K0023603

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-PRESCRIPCIÓN-CÓMPUTO DEL PLAZO-COMPRAVENTA INMOBILIARIA

El cómputo de la prescripción del art. 50 de la ley 24.240, empezó a correr en el caso, de disparidad de términos utilizados entre el boleto de compraventa y el texto de la escritura traslativa de dominio, desde la firma de la escritura, ya que la utilización de términos en ésta, distintos a los pactados al firmar el boleto, provocó una disminución de los derechos del consumidor adquirente.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 50

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Garzón de Conte Grand, Herrera.)
“Cavi S.A. c/ SIC y T. GCBA Resol. 481/01”.
SENTENCIA, 113501/02 del 28 DE AGOSTO DE 2003

Sumario nro. K0023247

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DICTAMEN JURÍDICO-DICTAMEN JURÍDICO PREVIO

No hay nulidad en el procedimiento de la ley 24.240 cuando el abogado sobre la base de las constancias de las actuaciones sumariales, expone su opinión técnico jurídica acerca de la configuración de los incumplimientos imputados a la recurrente y acompañe el proyecto de resolución que, posteriormente, comparte el Director de Actuaciones por infracción.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Damarco, Garzón de Contr Grand, Herrera.)
Tía S.A c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. DNCl.731/99
SENTENCIA, 26.982 del 15 DE FEBRERO DE 2001

Sumario nro. K0023226

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-INTERPRETACIÓN DE LA LEY

El art. 3 de la ley 24.240 abarca aquellas otras normas que resulten aplicables a las relaciones jurídicas descriptas en sus primeros dos artículos. (Del voto del Dr. Coviello, consid. 5º).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 3

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (Buján, Coviello, Licht (en disidencia).)

Ven Operadores Turísticos S.R.L c/ Sec. De Comercio e Inversiones - Disp. DNCI. N° 260/96

SENTENCIA, 6.642/97 del 19 DE JULIO DE 2001

Sumario nro. A0057382

SUMARIO

LEALTAD COMERCIAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-ESTADO NACIONAL-CONSTITUCIÓN NACIONAL

La Ley de Lealtad Comercial regula materias cuya protección interesa al Estado Nacional en beneficio de todos los habitantes, esto es, la defensa de la buena fe en el ejercicio del comercio y la protección de los consumidores para que puedan acceder a una información fidedigna sobre los elementos que han de adquirir y constituye uno de los métodos idóneos para el cumplimiento de los deberes constitucionales impuestos al Estado para una mejor protección de sus ciudadanos al regular la garantía prevista expresamente en el art. 42 de la Constitución Nacional.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional al 42, Ley 22.802

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, Bossert, Vázquez. Abstención: López.)

Cencosud S.A. c/ Sec. de Ind. y Comercio expte. 064-2509/97. s/ ley 22.802

SENTENCIA del 17 DE ABRIL DE 2001

Sumario nro. A0058412

SUMARIO

CONCESIONARIO (ADMINISTRATIVO)-OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO (ADMINISTRATIVO)-OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD-PEAJE-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Frente al usuario el concesionario vial tiene una obligación tácita de seguridad de resultado, en el sentido de que debe proveerle todo aquello que le asegure que la carretera estará libre de peligros y obstáculos, y que transitará con total normalidad. Para obtener tal prestación es que precisamente el usuario paga un precio, y que para lo mismo el concesionario vial lo percibe. Así, el vínculo que enlaza

al usuario con el concesionario vial es una típica relación de consumo (arg. arts. 1 y 2 de la ley 24.240). (DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO VAZQUEZ).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 1 al 2

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL
(EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO -ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (en disidencia).)

Expreso Hada S.R.L. c/ San Luis, Provincia de s/ cobro de pesos

SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2002

Sumario nro. J0029184

SUMARIO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD-REQUISITOS FORMALES-INTRODUCCION DE LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL-OPORTUNO PLANTEO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-LEYES-CONSTITUCIONALIDAD

Carece de idoneidad para habilitar la instancia de excepción el planteo del recurrente en torno a la inconstitucionalidad del artículo 22 de la ley 11.220 —por ser contrario al artículo 42 de la Constitución Nacional—, a poco que se repare en que la actora no cuestionó la validez de dicha ley en la primera ocasión que le brindaba el procedimiento (ocasión que no podía ser otra que la de la interposición de la demanda de amparo, donde incluso se funda la acción -entre otra normativa- “en la ley provincial nro. 11.220”), impidiendo así que los jueces de la causa pudiesen tratarla y resolverla. En estas condiciones se advierte la concurrencia de un obstáculo formal insuperable que habilita sin más a desestimar la articulación respectiva -la cual, cabe destacarlo, aparece más bien como el fruto de una reflexión tardía de la ocurrente-, ante el incumplimiento del recaudo de introducción o planteo oportuno de la cuestión constitucional, exigencia que no configura un mero ritualismo inútil, sino que responde a la necesidad (propia del sistema difuso de control de constitucionalidad) de que cuestiones como las aquí debatidas reciban la consideración y respuesta que corresponde dentro de los procedimientos ordinarios establecidos.

(De los Fundamentos del Dr. Gutiérrez)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, LEY 11.220 Art. 22

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SANTA FE, SANTA FE

(Gutiérrez - Falistocco - Gastaldi - Spuler - Vigo)

Liga Santafesina en defensa del usuario y del consumidor c/ Poder Ejecutivo s/ Recurso de inconstitucionalidad - Acción de amparo (Expte.: C.S.J. Nro. 757 Año 2000)

SENTENCIA del 4 DE SETIEMBRE DE 2002

Sumario nro. N0011714

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: DEFINICIÓN-SUJETOS DE DERECHO-PERSONAS FÍSICAS-PERSONAS JURÍDICAS

Cabe considerar como consumidores a los efectos de la Ley 24.240, aquellas personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes (nuevos) o servicios (onerosamente) como destinatarios finales, resultando indistinto que se efectúe a título personal, familiar, social o de su círculo íntimo; resultando en cambio excluyente de tal norma legal cuando el propósito final no sea disponer del bien o servicio con carácter profesional. Esto es, comercializarlo, tal como lo obtuvo o transformado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(MIGUEZ - PEIRANO - VIALE)

ARTEMIS CONSTRUCCIONES SA c/ DIYON SA Y OTRO s/ ORDINARIO. (LL 30.4.01, Fº 101.916) -
SENTENCIA del 21 DE NOVIEMBRE DE 2000

Sumario nro. N0011725

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INTERVENCIÓN DE TERCEROS-EMPRESA EXTRANJERA-
DOMICILIO EN EL EXTRANJERO

Si se promovió acción tendiente al resarcimiento de los perjuicios que se dicen derivados del atribuido incumplimiento de la Ley 24.240 (defensa del consumidor) por parte del accionado, resulta improcedente que éste solicite la citación de una compañía extranjera en calidad de tercera (C.P.C.C. art.94), con fundamento en que la cuestión planteada por el pretensor involucra productos elaborados por ella cuando, —como en el caso—, surge que esa tercera tiene domicilio en la ciudad de Caracas (Republica de Venezuela), toda vez que esa citación se presenta como manifiestamente inconveniente.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art. 94, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(ROTMAN - CUARTERO)

QUINTEROS, DANIEL Y OTROS c/ INTER REP SRL Y OTROS s/ ORD. S/ INC. DE APELACION. -
SENTENCIA del 31 DE MARZO DE 2000

Sumario nro. N0011715

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-SUJETOS DE DERECHO-PERSONAS JURIDICAS: ALCANCES

Corresponde declarar aplicable la Ley 24.240 respecto de una persona jurídica como consumidor protegido por tal norma legal, si -como en el sub lite aquella adquirió a título oneroso un automotor cero kilometro con la finalidad de utilizarlo en su propio beneficio, para satisfacer las necesidades de una empresa comercial: en particular la necesidad de traslado de su representante legal y del cuerpo de profesionales para la supervisión de las obras en ejecución. Es decir, como consumidor o destinatario final del bien, sin el propósito de disponer de éste, para a su vez integrarlo en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros; este es el alcance protector que emana de la Ley 24.240 art 1 y 2-parr. 2º, que torna necesario armonizar la expresada finalidad con la calidad de

destinatario final que ostenta la sociedad en cuestión, por esencia, el consumidor (ver Stiglitz-Stiglitz, "Derechos y Defensa del Consumidor", capítulo iv).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 1, Ley 24.240 Art. 2, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(MIGUEZ - PEIRANO - VIALE)

ARTEMIS CONSTRUCCIONES SA c/ DIYON SA Y OTRO s/ ORDINARIO. (LL 30.4.01, Fº 101.916) -
SENTENCIA del 21 DE NOVIEMBRE DE 2000

Sumario nro. K0023222

SUMARIO

DIRECCIÓN NACIONAL DE COMERCIO INTERIOR: FUNCIONES-MEDIDA DE NO INNOVAR -
PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-MEDICINA PREPAGA

La Dirección Nacional de Comercio Interior tiene facultades para decretar una medida de no innovar con el fin de que la empresa de medicina prepaga preste cobertura a los estudios de pretransplante renal (art. 45, párrafo 10 de la ley 24.240 y leyes 23.660, 23.661, 24455 y 24.754).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.660, Ley 23.661, Ley 24.240 Art. 45, Ley 24.455, Ley 24.754

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 05 (Grecco, Gallegos Fedriani, Otero.)

Total Médica S.A c/ SIC Y M -Disp. 31/VIII/00

SENTENCIA, 29.634 del 26 DE AGOSTO DE 2002

Sumario nro. A0062615

SUMARIO

RECURSO EXTRAORDINARIO-CUESTIÓN NO FEDERAL-EXCESOS U OMISIONES EN EL
PRONUNCIAMIENTO-VICIOS REDHIBITORIOS-PRESCRIPCIÓN-EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN-
PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que admitió parcialmente la acción estimatoria de vicios redhibitorios si el *a quo* sólo trató el aspecto de la apelación referido a la procedencia de la excepción de prescripción de dicha acción omitiendo considerar argumentos conducentes y centrales, oportunamente vertidos por la demandada, respecto al encuadre en la relación jurídica dentro de las previsiones de la ley 22.240 y la aplicabilidad al caso del término de la prescripción previsto por el art. 50 de la ley de Protección al Consumidor

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.240, Ley 24.240 Art. 50

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL

(Voto: Mayoría: Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, López, Vázquez. Abstención: Nazareno, Petracchi, Fayt, Bossert.)

Sanz, Sonia Mónica c/ Del Plata Propiedades S.A. s/ prescripción

SENTENCIA del 19 DE SETIEMBRE DE 2002

Sumario nro. Q0015226

SUMARIO

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-PODER DE POLICÍA

Los derechos del consumidor -de reconocimiento constitucional en la Nación y la Provincia, la lealtad comercial, justifican sin dudas las normas policiales en juego en el caso de autos. Véase además que el citado artículo 33 de la Constitución de la Provincia, obliga al Estado a proteger a usuarios y consumidores, reconociéndoles el derecho de acceder en relación al consumo, a una información eficaz y veraz ... debiendo asegurar al público la información que debe suministrarse en la comercialización de los productos.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT Art. 33

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT

Sala CIVIL (Fernando Royer Daniel Caneo José Luis Pasutti)

Kraft Foods Argentina S.A. s/ Recurso de Apelación

INTERLOCUTORIO del 3 DE DICIEMBRE DE 2003

Sumario nro. N0010247

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR: ALCANCES; DEFINICIÓN

Voto de la Dra. Miguez: La Ley 24.240 es una norma especial, estatutaria, que se integra con normas generales y especiales a las que hay que recurrir para la solución de los problemas que se presenten. Contiene normas protectoras que abarcan desde la publicidad, la etapa precontractual hasta la oferta, su celebración y efectos post contractuales (arts. 7, 8, 19, 36 y 37). Propicia una interpretación orientada a implantar la garantía de equidad en las obligaciones contractuales. Y en la medida que los contratos de consumo, son una categoría mayor, sus normas se aplican con independencia de la existencia o no de cláusulas generales, aun cuando en su gran mayoría importan adhesiones a cláusulas generales y predisuestas. La doctrina moderna señala que en las contrataciones en masa entre desiguales, el derecho dispositivo deja progresivamente de serlo para transformarse en semi-coactivo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 7, Ley 24.240 Art. 8, Ley 24.240 Art. 19, Ley 24.240 Art. 36, Ley 24.240 Art. 37, Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala A (VIALE - MIGUEZ (EN DISIDENCIA) - PEIRANO.)

COSENTINO, OSVALDO ALBERTO Y OTRO c/ HSBC BANCO ROBERTS SA s/ RECTIFICACION DE SALDO DE LA CUENTA CORRIENTE. (ED 12.5.03, Fº 52017).

SENTENCIA del 3 DE DICIEMBRE DE 2002

Sumario nro. N0010678

SUMARIO

MEDIDAS CAUTELARES:PROCEDENCIA-PLANES DE COBERTURA MEDICA-RESCISION UNILATERAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Procede la solicitud cautelar consistente en el mantenimiento de la cobertura de asistencia médica y la atención de la intervención quirúrgica de hernia de disco programada cuando, —como en el caso—, se verifica que la defendida comunicó el cese de la cobertura, con una manifestación lacónica que no explica los fundamentos de tal actitud, que contiene una remisión a ciertos artículos del reglamento de la accionada.

Ello pues, frente al ejercicio unilateral de la potestad de rescisión contractual por parte de la prestadora se debe optar por la interpretación más favorable para el consumidor (Conf. ley 24.240 art. 3), pauta que alcanza tanto a la interpretación de la ley como del contrato y de acuerdo con lo prescripto por el CIV Art. 1198, en caso de duda debe optarse por privilegiar a la parte más débil, según notoriamente lo son quienes padecen la hipo suficiencia de estar enfermos, por lo que debe asumirse el criterio interpretativo “*favor debitoris*”, con la fórmula más abarcativa de *favor debilis*.

Y ante tal rescisión, comunicada por la prestadora luego de conocida la enfermedad del pretensor, y la ausencia de certeza sobre las causas invocadas por la defendida para el cese de la cobertura médica, debe formularse el encuadre normativo que favorece al más vulnerable.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 1198, Ley 24.240 Art. 3

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL

Sala B (DIAZ CORDERO - PIAGGI - BUTTY.)

PARODI, SALVADOR ALBERTO Y OTROS c/ VALMED SA s/ AMPARO.

SENTENCIA del 10 DE SETIEMBRE DE 2002

Sumario nro. V0000580

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONCILIACIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA-INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO-HOMOLOGACIÓN JUDICIAL

Cabe explicitar que no existen dudas sobre las atribuciones de la autoridad administrativa, tanto para sancionar infracciones como para intentar la conciliación entre empresarios y consumidores.

La ley misma (24.240) pretende que antes de proceder a su trámite la autoridad de aplicación procure que las partes lleguen a un acuerdo conciliatorio.

Ahora bien, los acuerdos conciliatorios celebrados con intervención de funcionarios administrativos sólo tienen efecto de cosa juzgada, cuando, como en el caso, han sido objeto de homologación por autoridad competente.

A ello se agrega lo dispuesto en el art. 46 que otorga gran virtualidad a los fines de la ley a los acuerdos conciliatorios, disponiendo que su incumplimiento se considerará violación a esta ley, contemplando sanciones al infractor y el cumplimiento imperativo de las obligaciones que las partes hubieran acordado.

Es que, como bien se ha expresado, en lo atinente propiamente a las actuaciones administrativas, cabe destacar que a través de ellas, no se trata de operar sobre la relación de derecho privado entre consumidores y empresarios.

Esa es una incumbencia excluyente del Poder Judicial, sobre la base de la cual le compete aplicar las soluciones de fondo emergentes de la ley 24.240 y de las otras normas que integran el sistema de

protección jurídica del consumidor; entre ellas: la reparación de los daños, la nulidad del contrato o de cláusulas abusivas, la interpretación del contrato, etc.

Se trata de una instancia —la conciliatoria— de suma utilidad, pues permite lograr la satisfacción de los intereses del consumidor, a través de un procedimiento más ágil, gratuito, y a la vez descongestiona la sobrecarga de tareas del Poder Judicial. Pero si la instancia conciliatoria fracasa, la solución para los intereses de los consumidores sólo puede obtenerse vía judicial, pasando la competencia administrativa.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 46

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SAN MIGUEL DE TUCUMAN, TUCUMAN

(GANDUR - BRITO - AREA MAIDANA)

VIDAL JUAN NICOLAS c/ ARMERIA EXPRESS s/ AMPARO AL CONSUMO

SENTENCIA, 369 del 26 DE MAYO DE 2003

Sumario nro. V0000581

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ACUERDO CONCILIATORIO-DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS

Y es que si las partes han expresado en las actuaciones administrativas que nada más tendrían que reclamarse como consecuencia del hecho que las motivara, sin efectuar reserva sobre ningún aspecto o ítem de eventual resarcimiento, el accionante no puede demandar la indemnización de los daños invocados sin contrariar sus propios actos y violar el principio de buena fe-lealtad estatuido en el art. 1198 del CC

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 1198

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SAN MIGUEL DE TUCUMAN, TUCUMAN

(GANDUR - BRITO - AREA MAIDANA)

VIDAL JUAN NICOLAS c/ ARMERIA EXPRESS s/ AMPARO AL CONSUMO

SENTENCIA, 369 del 26 DE MAYO DE 2003

Sumario nro. F0024357

SUMARIO

PRODUCTOS TRANSGÉNICOS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Tal como señalan los señores Jueces preopinantes, no se escapa a nuestra consideración los variados conflictos que suscita la cuestión a nivel internacional y nacional, no ya de carácter medioambiental o sanitario o de los consumidores, de índole no solamente políticos, sino principalmente de poderosos intereses económicos entre los países industrializados que son de público y notorio, pero no ajenos a la decisión jurisdiccional que constituyen nuevos derechos que debemos proteger.

Ante el proceso de globalización, en esta cuestión, una vez más hay confrontación entre “los mercados” por un lado, y “el derecho de las personas a la salud, a un medio ambiente sano, a la información y a elegir qué consume”, por el otro.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-BALLADINI-SODERO NIEVAS (SEGÉN SU FUNDAMENTO: LUTZ: F0024347, F0024348, F0024349, F0024350, F0024351, F0024352, F0024353, F0024354, F0024355 Y F0024356) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0024357, F0024358, F0024359, F0024360, F0024361, F0024362, F0024363, F0024364, F0024365, F0024366, F0024367, F0024368, F0024369, F0024370, F0024371, F0024372, F0024373, F0024374, F0024375, F0024376, F0024377, F0024378, F0024379, F0024380, F0024381, F0024382, F0024383, F0024384, F0024385, F0024386, F0024387, F0024388, F0024389, F0024390, F0024391, F0024392 y F0024393))

B. S. A. s/ MANDAMUS

SENTENCIA, 0000000025 del 17 DE MARZO DE 2005

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (SEGÉN SU FUNDAMENTO: LUTZ: F0024357; F0024348; F0024349; F0024388; F0024389; F0024390; F0024391; F0024392; F0010629; F0010630; F0024495; F0024752; F0024388; F0024389; F0024390; F0024391; F0024392; F0024795; F0024796; F0024797; F0024798; F0024799; F0024800; F0024801; F0024802; F0024803; F0024804; F0024805; F0024806; F0024807; F0024808; F0024809; F0024810; F0024811; F0024812; F0024813; F0024814; F0024815; F0024816; F0024817; F0024818; F0024819; F0024820; F0024821; F0024822; F0024823; F0024824; F0024825; F0024826; F0024827; F0024828; F0024829; F0024830; F0024831; F0024832; F0024833; F0024834; F0024835; F0024836; F0024837 y F0024838) (SEGÉN SU FUNDAMENTO: SODERO NIEVAS: F0024268; F0024269; F0024270; F0024276; F0024273; F0024278; F0024280; F0024271; F0024272; F0024281; F0024283; F0024284; F0024285; F0024287; F0024289; F0024288; F0024290; F0024744; F0024365; F0024366; F0024371; F0024372; F0024274; F0024839; F0024840; F0024841; F0024842; F0024843; F0024844; F0024845; F0024846; F0024847; F0024848; F0024849; F0024850; F0024851; F0024852; F0024853; F0024854; F0024855; F0024856; F0024857; F0024858; F0024859; F0024860; F0024861; F0024862; F0024863; F0024864; F0024865; F0024866; F0024867; F0024868; F0024869; F0024870; F0024871; F0024872; F0024873; F0024874; F0024875; F0024876; F0024877; F0024878; F0024879; F0024880; F0024881; F0024882; F0024883; F0024884; F0024885; F0024886; F0024887; F0024888; F0024889; F0024890; F0024891; F0024892; F0024893 y F0024894) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0024895 y F0024896) (SEGÉN SU FUNDAMENTO: BALLADINI: F0024897))

CODECI DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO s/ ACCIÓN DE AMPARO

SENTENCIA, 0000000072 del 16 DE AGOSTO DE 2005

Sumario nro. F0024371

SUMARIO

CONSTITUCIÓN NACIONAL-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DERECHO AMBIENTAL

La reforma de la Constitución Nacional producida en 1994, incorporó en su art. 42 la defensa de los consumidores incluyendo sus intereses económicos como así también los extrapatrimoniales (salud, seguridad, información), y en el art. 43 se estableció a la Acción de Amparo como mecanismo procesal constitucional para su efectivización judicial, incluyéndose en esta protección a los derechos de tercera generación (el derecho al Consumidor, derecho al Medio Ambiente, derecho al Desarrollo)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42 al 43

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-BALLADINI-SODERO NIEVAS (SEGÉN SU FUNDAMENTO: LUTZ: F0024347, F0024348, F0024349, F0024350, F0024351, F0024352, F0024353, F0024354, F0024355 Y F0024356) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0024357, F0024358, F0024359, F0024360, F0024361, F0024362, F0024363, F0024364, F0024365, F0024366, F0024367, F0024368, F0024369, F0024370,

F0024371, F0024372, F0024373, F0024374, F0024375, F0024376, F0024377, F0024378, F0024379, F0024380, F0024381, F0024382, F0024383, F0024384, F0024385, F0024386, F0024387, F0024388, F0024389, F0024390, F0024391, F0024392 y F0024393))

B. S. A. s/ MANDAMUS

SENTENCIA, 0000000025 del 17 DE MARZO DE 2005

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (SEGÉN SU FUNDAMENTO: LUTZ: F0024357; F0024348; F0024349; F0024388; F0024389; F0024390; F0024391; F0024392; F0010629; F0010630; F0024495; F0024752; F0024388; F0024389; F0024390; F0024391; F0024392; F0024795; F0024796; F0024797; F0024798; F0024799; F0024800; F0024801; F0024802; F0024803; F0024804; F0024805; F0024806; F0024807; F0024808; F0024809; F0024810; F0024811; F0024812; F0024813; F0024814; F0024815; F0024816; F0024817; F0024818; F0024819; F0024820; F0024821; F0024822; F0024823; F0024824; F0024825; F0024826; F0024827; F0024828; F0024829; F0024830; F0024831; F0024832; F0024833; F0024834; F0024835; F0024836; F0024837 y F0024838) (SEGÉN SU FUNDAMENTO: SODERO NIEVAS: F0024268; F0024269; F0024270; F0024276; F0024273; F0024278; F0024280; F0024271; F0024272; F0024281; F0024283; F0024284; F0024285; F0024287; F0024289; F0024288; F0024290; F0024744; F0024365; F0024366; F0024371; F0024372; F0024274; F0024839; F0024840; F0024841; F0024842; F0024843; F0024844; F0024845; F0024846; F0024847; F0024848; F0024849; F0024850; F0024851; F0024852; F0024853; F0024854; F0024855; F0024856; F0024857; F0024858; F0024859; F0024860; F0024861; F0024862; F0024863; F0024864; F0024865; F0024866; F0024867; F0024868; F0024869; F0024870; F0024871; F0024872; F0024873; F0024874; F0024875; F0024876; F0024877; F0024878; F0024879; F0024880; F0024881; F0024882; F0024883; F0024884; F0024885; F0024886; F0024887; F0024888; F0024889; F0024890; F0024891; F0024892; F0024893 y F0024894) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0024895 y F0024896) (SEGÉN SU FUNDAMENTO: BALLADINI: F0024897))

CODECI DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO s/ ACCIÓN DE AMPARO

SENTENCIA, 0000000072 del 16 DE AGOSTO DE 2005

Sumario nro. F0024379

SUMARIO

PRODUCTOS TRANSGÉNICOS-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-CONSTITUCIÓN NACIONAL

Es por ello que la mayoría de los países que han implementado sistemas orgánicos de protección al consumidor poseen mecanismos administrativos, jurisdiccionales y procesales para dirimir, en última instancia, los conflictos provenientes del consumo.

Tenemos que tener presente que así como nuestra Constitución a partir de su reforma de 1994 otorgó jerarquía constitucional a los derechos derivados de la relación de uso y consumo, dio también un paso decisivo al asegurar la obligación de establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos derivados del ejercicio de dichos derechos.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-BALLADINI-SODERO NIEVAS (SEGÉN SU FUNDAMENTO: LUTZ: F0024347, F0024348, F0024349, F0024350, F0024351, F0024352, F0024353, F0024354, F0024355 Y F0024356) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0024357, F0024358, F0024359, F0024360, F0024361, F0024362, F0024363, F0024364, F0024365, F0024366, F0024367, F0024368, F0024369, F0024370, F0024371, F0024372, F0024373, F0024374, F0024375, F0024376, F0024377, F0024378, F0024379, F0024380, F0024381, F0024382, F0024383, F0024384, F0024385, F0024386, F0024387, F0024388, F0024389, F0024390, F0024391, F0024392 y F0024393))

B. S. A. s/ MANDAMUS

SENTENCIA, 0000000025 del 17 DE MARZO DE 2005

Sumario nro. Q0015844

SUMARIO

RECURSO DE APELACION (PROCESAL)-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DEBER DE CUIDADO
El hecho que en la práctica la reposición de los productos fuera concretada por empleados de las empresas proveedoras no liberaba al recurrente de su deber de controlar, en su carácter de propietario del local que ofrecía en venta los artículos individualizados, la fecha de vencimiento de los productos ofrecidos a consumo.

Es que, es precisamente la omisión del deber de cuidado por parte del apelante lo que lo hace incurrir en la infracción establecida por el artículo 5 de la ley 24.240.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 5

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, TRELEW, CHUBUT
Sala CIVIL (Hipólito Giménez Sergio Lucero AC)
Dirección Defensa del Consumidor c/ S. "E.F" s/ Contencioso Administrativo
SENTENCIA, 0000000025 del 8 DE OCTUBRE DE 2003

Sumario nro. I4501687

SUMARIO

CONTRATOS CIVILES-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Se demanda dejar sin efecto el aumento de la tarifa del servicio de televisión por cable, que se dispusiera por la suba de la tasa municipal y que se integre el contrato de modo que consten por escrito los derechos y deberes de las partes. Confirmamos la resolución que condena a la accionada a determinar por escrito del término del contrato y rechaza la pretensión de nulidad parcial de cláusula no escrita y de que se deja sin efecto el aumento.

El consumidor no tiene información previa del precio y tal situación se relaciona con el derecho a la información y restricción a derechos del consumidor -arts. 4, 7 y ss. Ley 22240.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 22.240 Art. 4, Ley 22.240 Art. 7

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES CIVIL COMERCIAL, CONCEPCION DEL URUGUAY, ENTRE RIOS
Sala 02 (ROJAS-DIECI-MARCO)
Daguerre Hugo A. y Otro c/ Cable Visión S.A. s/ Sumarísimo
SENTENCIA, 3133 del 8 DE SETIEMBRE DE 2004

Sumario nro. U0013057

SUMARIO

DERECHO A LA SALUD-SOCIEDADES MUTUALES: RÉGIMEN LEGAL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO

1. El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente

requieren necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo, no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida?

2. El derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, se encuentra reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22), entre ellos, el art. 12 inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts 4 y 5 inc.1 de la Convención sobre Derechos Humanos? Pacto de San José de Costa Rica- y art. 6 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual, sino también a la colectiva (Fallos: 302-1284; 310-112; 323-1339; 323-1339).

3. No cabe duda de la jerarquía constitucional como derecho humano esencial, que posee en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la salud. Por ello y ante cualquier conflicto de intereses que pueda presentarse, corresponde anteponer en primer lugar el derecho inviolable de la dignidad de la persona.

4. La ley 20.321 por la que en principio se rigen las asociaciones mutuales no excluye la aplicación a las mismas? cuando prestan servicios de salud a sus asociados- de la normativa referida a las prestadores de servicios de medicina prepaga (ley 24.754) y de la relacionada con la defensa de los consumidores (ley 24.240), pues una asociación mutual, en tanto tiene por objeto la satisfacción de necesidades médicas de los socios (art. 4 ley 20.321), está incluida dentro de las previsiones de la ley 24.754, que no sólo alude a las empresas, sino genéricamente a las entidades que prestan servicios de medicina prepaga. Por ende, tal entidad deberá proporcionar al asociado la pertinente cobertura médica, aún cuando se trate de supuestos excluidos expresamente de su estatuto o reglamento.

5. Por aplicación de lo dispuesto por la ley 24.754 las mutuales que prestan servicios de salud, se encuentran impelidas a cumplir la obligación de ajustarse al Programa Médico Obligatorio, en el cual se encuentra contemplada la cobertura del 100%, en la medicación de la Esclerosis Múltiple, sin necesidad de adhesión alguna al régimen Nacional de Seguro de Salud, desde que la mencionada ley no establece ningún recaudo previo.

6. La ley de defensa del consumidor no constituye un simple estatuto de protección al consumidor o usuario, pues sus normas integran el derecho positivo y deben aplicarse, toda vez que exista una relación de consumo, con prescindencia de toda otra norma que se oponga a sus explícitas disposiciones. Por tanto resulta aplicable a la relación entre la asociada y la entidad Mutualista, pues existe una relación de consumo en la que la asociada es usuaria del servicio de salud prestado por la entidad mutual, a cambio del cual paga una cuota mensual y por otro lado, dicha institución es prestadora de un servicio, en el caso, el de salud.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 33, Constitución Nacional Art. 75, Ley 20.321 Art. 4, Ley 24.240, Ley 24.754, Ley 23.054, Ley 23.313 Art. 12, **128.TRA I 000000 1948 12 10** Art. 4 al 5

DATOS DEL FALLO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, MENDOZA, MENDOZA

Sala CIVIL Y COMERCIAL (Romano Pérez Hualde Llorente)

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE BENEFICENCIA Y MUTUALIDAD HOSPITAL ESPAÑOL DE MENDOZA
EN J: 113948/7762 SARMANTANO CAROLINA VERONICA c/ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE BENEFICENCIA Y MUTUALIDAD HOSPITAL ESPAÑOL DE MENDOZA s/ ACCIÓN DE AMPARO- INCONSTITUCIONALIDAD - CASACION

CASACION del 16 DE SETIEMBRE DE 2005

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

En lo atinente a la prescripción, ha señalado la doctrina que la incidencia del transcurso del tiempo y la inactividad del consumidor merecieron una valoración específica del legislador, encontrando equilibrio en una fórmula general que fija en tres años el plazo de prescripción de las acciones correspondientes al consumidor.

Sin embargo, no existe consenso acerca de la aplicación del citado art. 50 de la ley, cuando una ley especial asigna un plazo prescriptivo específico para un contrato en particular. Las disposiciones contenidas en la ley 24.240 complementan e integran la legislación común, con la finalidad tuitiva que les es propia, mas no sustituyen la regulación general contenida en el ordenamiento vigente.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 50

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SAN MIGUEL DE TUCUMAN, TUCUMAN

Sala CIVIL Y PENAL (GANDUR - BRITO - AREA MAIDANA.)

MARTINEZ MARIA CECILIA c/ EMPRESA MUÑOZ VIAJES s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

CASACION, 851 del 25 DE OCTUBRE DE 2004

.....
Sumario nro. Q0016358

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD

La exigencia contenida en el artículo 5 de la ley 24.240 en lo que hace a que no debe haber "peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios" conlleva un deber de seguridad que le es impuesto a quien provee o suministra tales cosas o servicios, deber que, en caso de incumplimiento, generará la respectiva responsabilidad de infractor, y de allí que se imponga en los presentes establecer si, conforme a los hechos acreditados, el demandado dio o no satisfacción a aquella exigencia y, eventualmente, qué incidencia tuvo, en el mismo sentido, la conducta del menor víctima y de quienes lo tenían a su cuidado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 5

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, ESQUEL, CHUBUT

Sala CIVIL (Benjamín Moisés Randal Rowlands AC)

S., R.O. y Otra c/ M., E.J. s/ Daños y Perjuicios

SENTENCIA, 0000000048 del 18 DE NOVIEMBRE DE 2003

.....
Sumario nro. F0016919

SUMARIO

LEY DE EMERGENCIA PÚBLICA Y DE REFORMA DEL RÉGIMEN CAMBIARIO-REORDENAMIENTO DEL SISTEMA FINANCIERO-OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA-PESIFICACIÓN-

ESFUERZO COMPARTIDO-TIPO DE CAMBIO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-FALLOS DE LA CORTE SUPREMA

Debo recordar que en el precedente "GARCIA GOMEZ" Se. Nro. 80/04 del 28-09-04 (Expte. Nro. 18745/03 —STJ—), a favor de aplicar para la solución la doctrina del esfuerzo compartido, sin perjuicio, si la justicia del caso concreto admitiera, de la aplicación de la ley 24.283, que también es de orden público económico, moral y social, sea por el valor del bien, cosa o servicio, etc., quedando siempre a salvo el ejercicio por parte de los jueces de recurrir a la Equidad como última ratio para la justicia del caso concreto. También deben computarse los preceptos de la ley 24.240, de defensa del consumidor.

En concreto, por la coincidencia de los votos que me preceden solo debo dirimir sobre el valor del tipo de cambio, como ya lo hiciera en el precedente antes citado, a cuyos fundamentos me remito, pero además por ser la posición adoptada por la CSJN en "Pcia. de San Luis", cuando declaró inconstitucional la pesificación, como la sostenida por la nueva CSJN en Bustos, donde declaró la constitucionalidad de la pesificación, o sea que a mi entender no admite ningún tipo de dudas. Y en orden a la justicia del caso concreto, CONTRATO DE MUTUO, ENTRE PARTICULARES, por el conocimiento de la realidad y las que han ocurrido fundamentalmente en nuestra Provincia - realismo jurídico, realismo económico - veo que el resultado final al que se llega por este mecanismo es justo, NO SE EXTERIORIZA NINGÚN ABUSO DE DERECHO, y cualesquiera de otras formas utilizadas por la jurisprudencia hubieran llevado a resultados razonables, aclarando como lo hizo la CSJN en Bustos, que no han aportado las partes otros elementos de prueba para que los jueces se pronunciaran en esta causa.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240, Ley 24.283

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-BALLADINI-SODERO NIEVAS (EN DISIDENCIA: LUTZ: F0016911 y F0016921) (EN MAYORIA: BALLADINI y SODERO NIEVAS: F0016445; F0016327; F0016328; F0016329; F0016330; F0016331; F0016335; F0016336; F0016337; F0016338; F0016912 y F0016913) (EN MAYORIA: SODERO NIEVAS y BALLADINI: F0016914; F0016915; F0016916; F0016917; F0016918; F0016919 y F0016920))

M., M. c/ R., T. A. s/ EJECUTIVO s/CASACION s/RECONSTRUCCION

SENTENCIA, 0000000030 del 6 DE ABRIL DE 2005

Sumario nro. F0025089

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE-CONSTITUCIÓN NACIONAL-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD OBJETIVA

El principio de precaución puede ser utilizado conforme el art. 42 de la Constitución Nacional, con el instituto del amparo y el art. 2499 del Cód. Civil, en materia de derecho de fondo, que a su vez puede ser acompañado en el ámbito del consumidor con los arts.4 (información) y 5 (seguridad) y en materia ambiental por el art. 2618 del Cód. Civil y la ley.

La responsabilidad y de toda la cadena de intervinientes, sostenemos que tiene que ser objetiva como reza el art. 40 de la ley 24999 en materia de consumo y subsidiariamente el art. 1113 del Cód. Civil para asuntos que exceden la aplicación de aquella ley o relación de consumo (art. 42, Const. Nacional).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 4 al 5, Ley 340 Art. 1113, Ley 340 Art. 2499, Ley 340 Art. 2618, Constitución Nacional Art. 42, LEY 24.999 Art. 40

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (SODERO NIEVAS-LUTZ-PICCININI (SUBROGANTE) (EN DISIDENCIA: SODERO NIEVAS: F0024068; F0024360; F0024886; F0025087; F0025088 y F0025089) (EN MAYORIA: LUTZ y PICCININI: F0023317; F0015969; F0025090; F0025091; F0025092; F0025093; F0025094; F0025095; F0025096; F0025097 y F0025098))

ENTE PROVINCIAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD (EPRE) c/ EMPRESA DISTRIBUIDORA DE ENERGIA RIO NEGRO (EDERSA) s/ AMPARO s/ APELACION

SENTENCIA, 0000000099 del 4 DE NOVIEMBRE DE 2005

Sumario nro. F0025395

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-LEGITIMACIÓN PROCESAL-ACCIONES DE CLASE-LEY PROVINCIAL-RIO NEGRO-PROVINCIA DE BUENOS AIRES

El camino fijado por Río Negro en la Ley Nro. 2779, ha sido seguido por otras provincias como señala Horacio L. Bersten expresa que en razón del dictado del nuevo Código Provincial - de Buenos Aires - de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, sancionado mediante la Ley Provincial Nro. 13133, (B.O. Nro. 24859 del 9 de enero del 2004, Adla, Bol. 2/2004, p. 105, promulgado por el Dec. Nro. 64/03), se ha regulado el procedimiento judicial de consumo en ese ámbito, conteniendo modificaciones de gran importancia al punto de que se crean las acciones de clase de consumo, se regulan las acciones, la conciliación, la legitimación activa, se establecen efectos para las sentencias, se establecen condiciones para la apelación, entre otros aspectos de interés.

Por ello se refiere a las nuevas normas en su relación con la normativa de fondo en la materia, es decir los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional y la Ley Nro. 24.240 en su art. 23 establece, como principio de carácter general, el de admisibilidad de todas aquellas acciones que sean adecuadas a la protección de los usuarios y consumidores.

En consecuencia, la determinación de la idoneidad de la vía utilizada por el accionante va a tener como parámetro de medida el cumplimiento de una premisa teleológica: la aptitud del medio procesal se evalúa en función de su relación con el fin perseguido. En consecuencia, las acciones posibles de intentar son las que devienen del art. 42 de la Constitución Nacional, de la Ley Nro. 24.240, de otras normas conexas y de la interpretación otorgada por la jurisprudencia nacional.

De tal forma los legitimados podrán reclamar ante la justicia, entre otros objetos procesales, la obtención de información adecuada y veraz, la protección de la salud, el cese de publicidad engañosa y/o abusiva, por incumplimientos diversos del proveedor, reclamando el cumplimiento de la garantía legal, el cese de la interrupción de un servicio público domiciliario y la reparación de los daños generados, el error en las mediciones de consumo, por percibir o intentar percibir sumas no adeudadas, etc.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42 al 43, Ley 24.240 Art. 23, LEY 13.133, LEY 2779

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025399

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Corresponde destacar que la defensa del consumidor y la tutela judicial efectiva ya se encontraban vigentes en nuestra Provincia, con anterioridad a la reforma del año 1994, en los artículos 30 —defensa del consumidor y usuario— y en el 43 —amparo— (sobre los orígenes del amparo en Río Negro y sus antecedentes en el derecho anglosajón ver mi voto en “EMPLEADOS DEL PODER JUDICIAL DE RIO NEGRO”, Aut. Int. Nro. 87/05).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. Art. 30, CONSTITUCIÓN PROVINCIAL. Art. 43

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025401

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Al analizar la Ley de Defensa al Consumidor (Nro. 24.240), el primer concepto a desarrollar es el de consumidor - usuario como aquella persona física o jurídica que contrata a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar (artículo 1 de la Ley Nro. 24.240).

A los fines de la protección procesal este usuario - consumidor, resulta la parte más débil de la relación, pues en los hechos no existe la mentada igualdad económica y social que permita la paridad de condiciones para negociar, hay un marcado desnivel que el derecho del consumidor pretende igualar protegiendo a la parte más débil del negocio —ver parágrafo—.

Esta protección fomenta cubrir las desventajas de quien es ajeno al proceso de producción y distribución, sin conocimientos ciertos sobre costos, forzado a creer, a confiar, a aceptar los precios y calidades que se le ofrecen; no participa del proceso de fabricación del o de organización del servicio y desconoce, por lo común, los costos y variables.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 1

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNTAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025402

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Así, "el derecho del consumidor en Argentina abrió horizontes y esperanzas a un sector muy importante de la sociedad que bajo el rol de usuarios y consumidores lograron equilibrar, desde la normativa, las diferencias de poder negociador en las relaciones de consumo.

Aunque la ley importa un marco acotado que cuenta con beneficiarios poco claros y exclusiones incomprensibles, ha significado la instalación de derechos sustanciales que permiten imponer principios y presupuestos que cambian las reglas tradicionales de la contratación y sus obligaciones consecuentes. Este nuevo derecho del consumidor debe colegirse por los jueces.

A esto les cabe interpretar la axiología y, por supuesto, comprender que ante situaciones litigiosas las reglas tradicionales del proceso común no pueden aplicarse, ipso facto. Tanto la reforma constitucional, como el nuevo derecho de amparo que surge del artículo 43 y, en especial, las disposiciones del nuevo artículo 42, emplazan una lectura que no se puede soslayar.

Los procedimientos donde se resuelvan derechos del consumidor son proceso constitucionales, y así habrá que interpretarlos con su lógica y consecuencias".

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42 al 43

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNDAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0025406

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-JUICIO ABREVIADO

Debe destacarse el carácter preventivo de las acciones prevista en los artículos 52 y 53 de la Ley de Defensa del Consumidor, reconoce la tutela inhibitoria por vía judicial, que deberá sustanciarse por el proceso más abreviado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 20.424

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala 04 (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SU FUNDAMENTO: LUTZ y SODERO NIEVAS: F0025330; F0025374 al F0025382) (OPINION PERSONAL: SODERO NIEVAS: F0025383 al F0025435))

DECOVI s/ Amparo Colectivo

SENTENCIA, 0000000019 del 1 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0017807

SUMARIO

RECURSO DE CASACIÓN-INADMISIBILIDAD DEL RECURSO-RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA-RECURSO DE APELACIÓN (PROCESAL)-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Conforme ha dicho este Cuerpo en el precedente "Coca Cola Polar S.A.": "Si respecto al acto jurisdiccional atacado, esto es una decisión judicial de un Tribunal Colegiado (Cámara Civil y Comercial de Viedma), de revisión de un acto dictado por la Dirección de Comercio Interior dependiente de la Secretaría de Estado de Producción del Ministerio de Economía en ejercicio del poder de policía de comercio, la legislación vigente (Constitución Provincial, leyes de procedimiento, etc.) no prevén recurso alguno ante el Superior Tribunal de Justicia, corresponde declarar la inadmisibilidad de la casación intentada".

Máxime, considerando que la Ley Nro. 2817 (modif. Ley Nro. 3849) sólo establece un recurso directo de revisión judicial, que la norma lo denomina apelación ante las Cámaras de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería (art. 64 "in fine").

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 2208 - TEXTO ORDENADO POR LEY 2235. Art. 64, LEY 2817, LEY 3.849

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SUS FUNDAMENTOS: LUTZ: F0015374; F0020761; F0016188; F0017807; F0017808; F0017809; F0017810; F0017811; F0017812; F0017813; F0017814; F0017815; F0017816; F0017817; F0017818; F0017819; F0017820; F0017821; F0017822; F0017823; F0017824 y F0017825))

B., L. C. c/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LIMITADA DE SEGUROS GENERALES s/ RECURSO s/ CASACION

SENTENCIA, 0000000016 del 29 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0017810

SUMARIO

RECURSO DE CASACIÓN-INADMISIBILIDAD DEL RECURSO-RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA-RECURSO DE APELACIÓN (PROCESAL)-CÁMARA DE APELACIONES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

La Ley Nro. 2817 de la Provincia de Río Negro, prevé respecto a las decisiones de los organismos de la Administración que resuelvan sobre las infracciones allí previstas, sólo un recurso judicial de apelación ante las Cámaras de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería (art. 64 "in fine"); no siendo susceptibles, las decisiones de ese órgano judicial, de recurso extraordinario ante este Superior Tribunal.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 2817 Art. 64

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SUS FUNDAMENTOS: LUTZ: F0015374; F0020761; F0016188; F0017807; F0017808; F0017809; F0017810; F0017811; F0017812; F0017813;

F0017814; F0017815; F0017816; F0017817; F0017818; F0017819; F0017820; F0017821; F0017822; F0017823; F0017824 y F0017825))

B., L. C. c/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LIMITADA DE SEGUROS GENERALES s/ RECURSO s/ CASACION

SENTENCIA, 0000000016 del 29 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. F0017811

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

“...puede afirmarse, sin temor, que la tendencia tanto en la doctrina como en el derecho comparado, es hacia la generalización de la calidad de consumidor dejando de lado las limitaciones que, por una u otra razón, contenían las normas tuitivas”.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-SODERO NIEVAS-BALLADINI (POR SUS FUNDAMENTOS: LUTZ: F0015374; F0020761; F0016188; F0017807; F0017808; F0017809; F0017810; F0017811; F0017812; F0017813; F0017814; F0017815; F0017816; F0017817; F0017818; F0017819; F0017820; F0017821; F0017822; F0017823; F0017824 y F0017825))

B., L. C. c/ LA SEGUNDA COOPERATIVA LIMITADA DE SEGUROS GENERALES s/ RECURSO s/ CASACION

SENTENCIA, 0000000016 del 29 DE MARZO DE 2006

Sumario nro. I6001819

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

La normativa del derecho del consumidor —Ley 24.999 modificatoria del art. 40 de la Ley 24.240— no resulta aplicable al sublite atento a que la bomba de mención se incorporare al proceso productivo en las arroceras de propiedad del actor y la empresa es normalmente proveedora de clientes -otras empresas físicas o jurídicas- las que pueden adquirir o utilizar esos productos o servicios para integrarlos al proceso productivo. En este caso, no están reguladas por la Ley 24.240 sino por el régimen del derecho común (cfr. “La compraventa de consumo” en la Revista del Derecho Privado y Comunitario 2004-1-10 y esta Sala en “Baldeli c/ Dow Elanco Argentina S.A. s/Sumario” del 22.5.1998).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art. 40

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES CIVIL COMERCIAL, CONCORDIA, ENTRE RIOS

Sala 02 (MORENI-RODRIGUEZ)

Daino Ricardo c/ Luis Pintini e Hijos S.R.L. s/ Sumario

SENTENCIA, 4021 del 31 DE MAYO DE 2005

Sumario nro. Q0018248

SUMARIO

RECURSO DE APELACION ORDINARIA ANTE EL SUPERIOR TRIBUNAL-CUESTIONES DE HECHO Y PRUEBA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Puede afirmarse que este Tribunal ha entendido a los recursos jurisdiccionales como de "revisión mínima", acotados al reexamen de las cuestiones de derecho, y que no permiten adentrarse en el conocimiento de aquellas relativas a hechos y prueba, salvo excepciones.

En el marco de la jurisprudencia del Cuerpo, ha de estimarse que al acordar la vía directa en el art. 7 de Ley Nro. 4.219, el legislador no ha hecho más que habilitar la revisión "limitada", en la medida en que no ha establecido la posibilidad de un debate amplio, que abrace también a las cuestiones de hecho y prueba, así como que permita la producción de pruebas no ofrecidas o denegadas.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 4.219. Art. 7

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT

Sala CIVIL (José Luis Pasutti Daniel Luis Caneo Fernando Royer)

Dirección Defensa del Consumidor c/ T.A. SA s/ Contencioso Administrativo

SENTENCIA, 13-C-06 del 22 DE SETIEMBRE DE 2006

Sumario nro. Q0018250

SUMARIO

REVISIÓN JUDICIAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

En los supuestos autorizados por la Ley 24.240, el control judicial es la garantía de los administrados, y este Poder Judicial el llamado a verificar si el Poder Administrador ha violentado el principio de legalidad. De cualquier modo es claro, que esta opinión final -dogmática- dada en cada voto, deviene obiter dicta, pues la definición y sustento de la decisión es la falta de competencia legal del órgano provincial de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, lo que hace inoficioso cualquier pronunciamiento sobre el particular.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT

Sala CIVIL (José Luis Pasutti Daniel Luis Caneo Fernando Royer)

Dirección Defensa del Consumidor c/ T.A. SA s/ Contencioso Administrativo

SENTENCIA, 13-C-06 del 22 DE SETIEMBRE DE 2006

Sumario nro. Q0018249

SUMARIO

RECURSOS ADMINISTRATIVOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Cuando en el artículo 7º de la Ley 4219 se expresa que "en todo lo no previsto por esta Ley se aplicarán las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial" —expresión que podría llegar a sustentar algunas confusiones— se está haciendo referencia sólo al procedimiento a sustanciarse ante la Cámara llamada a resolver el recurso jurisdiccional, aludiendo a determinadas y naturales exigencias, como que el recurso sea fundado, que contenga crítica razonada, que no se acuda a

recursos administrativos paralelos, pero ello no habilita a extender la expresión a la posibilidad de articular recursos extraordinarios, o de apelación ordinaria, ante una instancia revisora judicial ulterior.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 4.219. Art. 7

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT

Sala CIVIL (José Luis Pasutti Daniel Luis Caneo Fernando Royer)

Dirección Defensa del Consumidor c/ T.A. SA s/ Contencioso Administrativo

SENTENCIA, 13-C-06 del 22 DE SETIEMBRE DE 2006

Sumario nro. Q0018256

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INTERNET

La Ley de Defensa del Consumidor es complementaria del Derecho Común - Código Civil y de Comercio, en la medida que la legislación nacional —Ley N° 24.240— dispuso que en materia de servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas, y además, en este supuesto, sólo la supletoriedad de la Ley de Defensa del Consumidor siempre y cuando se trate de un supuesto atinente a la prestación del servicio en sí, debe concluirse que la autoridad de aplicación local se encuentra impedida de actuar, pues de lo contrario se encontraría invadiendo esferas de competencia que no le han sido otorgadas.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT

Sala CIVIL (José Luis Pasutti Daniel Luis Caneo Fernando Royer)

Dirección Defensa del Consumidor c/ T.A. SA s/ Contencioso Administrativo

SENTENCIA, 13-C-06 del 22 DE SETIEMBRE DE 2006

Sumario nro. Q0018257

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INTERNET

“La cuestión debe resolverse atendiendo a la transversalidad que caracteriza a la específica legislación del consumidor en cuanto tiene por objeto la defensa de los consumidores y usuarios sin restricción de ningún tipo.

Así, no existirá superposición de misiones o funciones por cuanto los regímenes particulares regulan los servicios en sí mismos mientras que la Ley N° 24.240 regula la relación contractual entre el proveedor y el consumidor. “ Por ello, en la medida que la materia (internet) sea de regulación propia del régimen legal del servicio público domiciliario, de la falta de regularidad —interrupción— en la prestación, es autoridad de aplicación la que aquellas normas establezcan”.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, RAWSON, CHUBUT
Sala CIVIL (José Luis Pasutti Daniel Luis Caneo Fernando Royer)
Dirección Defensa del Consumidor c/ T.A. SA s/ Contencioso Administrativo
SENTENCIA, 13-C-06 del 22 DE SETIEMBRE DE 2006

Identificación SAIJ: N0015029

SUMARIO

LEY DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: IMPROCEDENCIA-COMERCIANTE

Quién contrato un sistema de alarma para proteger el comercio de su única titularidad, no puede considerarse “consumidor final” que lo haga sujeto pasivo del régimen protectorio de la ley 24.240

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, CAPITAL FEDERAL
(ARECHA - SALA - RAMIREZ.)
CELENZA, SERGIO c/ PROSEGUR SA s/ ORDINARIO.
SENTENCIA, 15125/03 del 29 DE AGOSTO DE 2007

Identificación SAIJ: A0069513

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: RÉGIMEN JURÍDICO-ORDEN PÚBLICO-FACULTADES DEL GOBIERNO PROVINCIAL-AUTONOMÍA PROVINCIAL-JERARQUÍA DE LAS LEYES

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 que no los alteren, supriman o modifiquen en detrimento de lo regulado en la norma nacional. —Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CAPITAL FEDERAL
(Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Argibay)
Edelar S.A. s/ inconstitucionalidad.
SENTENCIA del 8 DE MAYO DE 2007

Identificación SAIJ: K0025164

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-RECURSO DIRECTO-PLAZO: CÓMPUTO-ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

El plazo del recurso directo previsto en el art. 45 de la ley 24.240 debe computarse en días hábiles judiciales ya que teniendo en cuenta que -de conformidad con lo establecido por el art. 25 de la ley

19.549- el plazo perentorio para deducir la acción judicial contra el Estado o sus entes autárquicos es de noventa días “hábiles judiciales”, la circunstancia que la ley 24.240 prevea una forma excepcional de ejercer la “acción” a efectos de una revisión judicial, no permite apartarse de ese principio. Ello es así por cuanto, el recurso interpuesto es la vía prevista para abrir la instancia judicial, a efectos de cuestionar el acto administrativo de carácter sancionatorio. (Cons. III).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 19.549 Art. 25, Ley 24.240, Ley 24.240 Art. 45

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 03 (Argento, Grecco, Fernández.)

“MSC Cruceros S.A. c/ DNCI- Disp604/06 (Expte. S01 425704/05) s/ queja”.

SENTENCIA del 4 DE MARZO DE 2007

.....
Identificación SAIJ: K0025088

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR: ALCANCES

No se requiere un daño concreto en los derechos del consumidor sino la posibilidad de existencia de tal daño y las normas legales imponen una conducta objetiva que debe ser respetada, bajo apercibimiento de la sanciones que allí están previstas (esta Sala “José Saponara y Hnos S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones”, 25/6/97) (Cons. V).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 05 (Gallegos Fedriani, Moran.)

“BANCO ITAU BUEN AYRE S.A. -RDI c/ DNCI Disp 618/05 (Ex64-015011/01)”.

SENTENCIA del 6 DE FEBRERO DE 2007

.....
Identificación SAIJ: U0013293

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-INDEMNIZACIÓN-BIENES-
INTEGRACION ECONÓMICA

La ley 24.240, aunque fuese aplicable, no tiene previsiones especiales sobre los daños reparables. Esta normativa ha pretendido unificar el régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual desde que, rige para usuarios y consumidores tengan o no vínculos contractuales con los presuntos responsables.

Siendo así, la responsabilidad objetiva que prevé la ley no debería extenderse a la reparación de daños que son típicamente profesionales, como es el lucro cesante derivado de la imposibilidad de usar la cosa o servicio adquirido en el ejercicio de esa actividad profesional, especialmente si el consumidor o, de modo más general el adquirente, no informó al enajenante el uso especial que se daría al elemento adquirido ni tal uso pudo ser tenido en cuentas por el enajenante conforme a las circunstancias del caso.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

DATOS DEL FALLO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, MENDOZA, MENDOZA
Sala 01 (KEMELMAJER ROMANO PÉREZ HUALDE)
EXPTE. Nro. 85.769 FRÁVEGA S.A.C.I. E.I. EN Jº 144.304/8749 SELLANES, ELIAN c/ FRÁVEGA
S.A.C.I. E.I. s/ ORD. S/ INC. CAS.
SENTENCIA del 12 DE OCTUBRE DE 2006

.....
Identificación SAIJ: U0013292

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR: CONCEPTO; CARACTERES

El concepto de consumidor no está claramente delimitado, ni en el país, ni en el derecho comparado, por lo que la subsunción de los diferentes casos en las normas ha motivado una jurisprudencia y una doctrina, que más que a las teorizaciones, acude a las especiales circunstancias que cada situación presenta.

DATOS DEL FALLO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, MENDOZA, MENDOZA
Sala 01 (KEMELMAJER ROMANO PÉREZ HUALDE)
EXPTE. Nro. 85.769 FRÁVEGA S.A.C.I. E.I. EN Jº 144.304/8749 SELLANES, ELIAN c/ FRÁVEGA
S.A.C.I. E.I. s/ ORD. S/ INC. CAS.
SENTENCIA del 12 DE OCTUBRE DE 2006

DOCTRINA

La introducción del concepto de "consumidor hipervulnerable" y la ampliación de la responsabilidad de los titulares de derechos marcarios frente a ellos

IGLESIAS DARRIBA, CLAUDIO

Publicación: www.saij.gov.ar, 29 DE SETIEMBRE DE 2021

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ACCESO A LA JUSTICIA-DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA-MARCAS

TEXTO

RESUMEN.

Sabemos que los consumidores representan la parte más vulnerable de la relación de consumo.

Y también sabemos que existen algunas categorías de consumidores que, por razones objetivas o subjetivas (o ambas) se encuentran en una posición de especial vulnerabilidad. En este breve trabajo veremos qué son los llamados "consumidores hipervulnerables", tal como han sido definidos por la nueva normativa argentina referida especialmente a ellos (Resolución N° 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior de la Argentina). Además, repasaremos los fundamentos de esta nueva normativa. Por su parte, analizaremos cómo, dicha protección, encuentra su fundamento (entre otros) en el "Movimiento Internacional de Acceso a la Justicia", nacido en la década de 1960, y que se extiende hasta nuestros días. Por su parte, veremos cómo se amplía la responsabilidad de los titulares de derechos marcarios con esta nueva categoría de consumidores.

Finalmente, arribaremos a una serie de breves conclusiones y recomendaciones sobre el tema.

1. ANTECEDENTES.

La Res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior (en adelante, SCI) (2), incorpora al derecho positivo argentino, la figura del "consumidor hipervulnerable". La mencionada norma incluye, en tal carácter, a aquellas personas humanas que se encuentran en situaciones de "vulnerabilidad" en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores(3). Asimismo, de acuerdo con la citada resolución, podrán ser incluidos en tal concepto, las personas jurídicas sin fines de lucro (asociaciones, fundaciones, mutuales) que orienten sus "objetos sociales" a los colectivos de personas físicas mencionados previamente.

La nueva normativa establece (además) ciertas causas que podrán considerarse de "hipervulnerabilidad"(4), tales como los reclamos que involucren niños, niñas y adolescentes, la pertenencia al colectivo LGTB+, la edad (ser mayor de 70 años), la discapacidad, la condición de migrante o turista, la ruralidad, y la residencia en barrios populares(5).

Por su parte, la norma agrega la posibilidad incluir determinadas situaciones socio-económicas de hipervulnerabilidad (que deberán encontrarse acreditadas). Entre dichas situaciones, menciona: Ser jubilados/as y pensionados/as o trabajadores/as en relación de dependencia que perciban una remuneración bruta

menor o igual a dos (2) "Salarios Mínimos Vitales y Móviles"; ser monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en dos (2) veces el "Salario Mínimo Vital y Móvil"; percibir seguro de desempleo; y/o ser monotributistas sociales(6).

La autoridad de aplicación de la nueva norma es la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores(7).

Finalmente, entre otras importantes disposiciones, impone a la mencionada subsecretaría la carga de promover acciones destinadas a favorecer "procedimientos eficaces y expeditos" para la adecuada resolución de los conflictos en los que intervengan esta clase especial de consumidores(8).

2. FUNDAMENTOS.

En el derecho argentino, la protección de los consumidores hipervulnerables se funda en los artículos 42, 43 y 75, incs. 22 y 23, de la Constitución Nacional.

El Art. 42 de la C.N. prevé la protección general y amplia de las y los consumidores en el marco de las relaciones de consumo, e impone a las autoridades la obligación de proteger sus derechos, y de establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos. Si bien la Res. SCI 139/2020 no lo cita como antecedente, debemos recordar que, la implementación constitucional de la protección previamente mencionada, aparece en el Art. 43 de la C.N., el cual prevé el amparo (individual y colectivo) en defensa de los derechos reconocidos en el Art. 42.

Consideramos que el Art. 43 de la C.N. es un fundamento importante de la normativa sobre "hipervulnerabilidad" debido a que incluye, entre otras, la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios, registradas conforme a la ley(9). La Res. SCI 139/2020, por su parte, impone a la autoridad de aplicación la carga de articular acciones con una serie de actores institucionales (públicos y privados), entre los que se encuentran las asociaciones de consumidores, a los fines de promover estrategias para garantizar una protección reforzada a los consumidores hipervulnerables. Además, dicha articulación debe incluir al Consejo Federal de Consumo (COFEDEC), entidades empresarias, ONG, universidades, y otros organismos públicos y privados(10).

La nueva normativa también encuentra fundamento en el inciso 23 del Artículo 75 de la C.N., el cual impone la necesidad de promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos, en particular respecto de los niños y las niñas, las mujeres, los adultos mayores y las personas con discapacidad. Asimismo, se funda en las convenciones internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (previstas o que se incorporen) en los términos del inciso 22 del Artículo 75 de la Constitución Nacional.

Por su parte, en lo que hace a la legislación vigente, la nueva norma viene a complementar la normativa consumerista argentina. Así, el Art. 40 de la Ley 24.240 establece la responsabilidad solidaria del titular de la "marca" por los daños sufridos por los consumidores como consecuencia del "vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio" junto con el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor. Y aclara que, el transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio(11). Hoy en día la responsabilidad es aún más amplia ya que debemos agregar los daños causados o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización (art. 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación). A partir de la SCI 139/202, dicha responsabilidad se encuentra aún más objetivada. Además, los titulares de marcas responden administrativamente en virtud de lo dispuesto por los Arts. 40 bis y 52 bis de la Ley N° 24.240(12). Estas normas también son consonantes con la necesidad de facilitar el acceso a la Justicia, en el sentido que mencionaremos en el apartado 3 de este trabajo.

A este respecto, Condomí (2018) sostiene que la Ley 24.240 adopta el principio de favor debilis, esto es, de protección a la parte considerada débil en la relación de consumo; y en particular, el régimen legal tuitivo consagra el principio in dubio pro consummatore (Condomí, 2018).

Por su parte, debemos recordar que la función de las marcas consiste en diferenciar un producto o servicio de otro, no sólo para favorecer los intereses de los productores, sino -principalmente- para proteger (y evitar un daño) a los consumidores. A tal punto, que la Ley 22.362 (Marcas y Designaciones) prevé que no podrán ser registradas "(...) las marcas que sean susceptibles de inducir a error respecto de la naturaleza, propiedades, mérito, calidad, técnicas de elaboración, función, origen de precio u otras características de los productos o servicios a distinguir; (...) "(13). Esta norma hace referencia a que no pueden registrarse como marcas aquellas que generen -por ejemplo- confusión entre los consumidores respecto de aquellas características del producto o servicio a que pretenden diferenciar en el mercado. Porque, como dijimos, la finalidad de las marcas consiste -justamente- en diferenciar productos o servicios.

Anteriormente, previo al dictado de la Res. SCI 139/2020, debía recurrirse a un diálogo de fuentes que imponían el CCCN, en materia de derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN, art. 1 y 2 del CCCN), y a los principios "protectorio" (art. 42 CN y art. 1094 del CCCN) y "de interpretación más favorable" al consumidor (arts. 3, 25 y 37 de la Ley 24.240, arts. 7, 1094 y 1095 del CCCN) (Garzino, 2018).

3. VULNERABILIDAD Y "ACCESO A LA JUSTICIA" DE LOS CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES.

Entre sus fundamentos, la Res. SCI 139/2020 considera que existe una "vulnerabilidad estructural" de todos los consumidores en el mercado, y que dicha vulnerabilidad se agrava en el caso de los consumidores hipervulnerables. Históricamente, los consumidores se han encontrado (siempre) en desventaja frente a los productores o fabricantes, quienes se hallan en mejor condición que aquellos para ejercer sus derechos. Esta situación puede deberse a múltiples motivos, entre los cuales se encuentran, su mejor conocimiento de los productos o servicios que ofrecen (el consumidor, en general no los conoce) y su mejor posición económica en el mercado.

El concepto de "vulnerabilidad estructural" recoge una antigua postura que postula el restablecimiento del equilibrio entre las partes contratantes, cuando una de ellas es el consumidor. Así, desde la década de 1960, comienza a formarse (principalmente, en los EE.UU. y Europa, pero también en otras regiones), un movimiento doctrinario y jurisprudencial que pugna por un mejor y más amplio "acceso a la justicia" de determinados sectores, tradicionalmente excluidos por diversas razones. Entre dichos sectores se encontraban los consumidores(14). Este movimiento considera que la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva, y que por eso, el acceso efectivo a la justicia debe considerarse como un "derecho humano" (Cappelletti & Garth, 1978b, p. 30).

Esta corriente de pensamiento encontraba que los litigios ante las jurisdicciones judiciales resultan frecuentemente infructuosos, ya sea por falta de medios económicos, o bien por falta de los procedimientos adecuados a nivel nacional o subnacional. A todo esto, debe sumarse que los consumidores (como "accionantes") se encontraban habitualmente en múltiples circunstancias de "vulnerabilidad" frente a los accionados (como podrían ser las grandes empresas). Cappelletti y Garth (1978) mencionan, entre dichas circunstancias, el costo del litigio, las diferencias de poder entre los litigantes, y los problemas propios de los intereses difusos, como ocurre en el derecho del consumo (Cappelletti, Mauro; Garth, 1978, pp. 14, 17 y 20). Sostienen los autores que el costo más alto son los honorarios de los abogados, y el factor tiempo (en referencia a la duración de los juicios) (Cappelletti, Mauro; Garth, 1978, pp. 14 y ss.). Estos autores planteaban la necesidad de una protección cada vez más amplia de los derechos de los consumidores. Y, entre los mecanismos que postulaban se encontraba la "Resolución Alternativa de Conflictos" (ADR). En ese punto, la Res. SCI 139/2020 es coincidente con el

Movimiento Mundial de Acceso a la Justicia, al disponer la intervención del "Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo", previsto en la Ley N° 26.993. Recordemos que esta norma creó el "Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo" (COPREC) (15).

También encuentra fundamento en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008) (16), por su parte, establecen expresamente que "(...) La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad (...)" (17). Las reglas de Brasilia consideran personas en condición de vulnerabilidad aquellas 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 (18)".

También en este punto la Res. SCI 139/2020 cumple con lo prescripto por las Reglas, y se convierte en un mecanismo ideal de acceso a la Justicia.

4. CONCLUSIONES.

Por lo dicho en los párrafos anteriores podemos arribar a algunas conclusiones:

1. En el año 2020 se dictó la Resolución N° 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior (Res. SCI N° 139/2020), la cual incorpora al derecho positivo argentino el concepto de "consumidor hipervulnerable".
2. La mencionada resolución crea una serie de categorías de consumidores que, por diversas causas, deben o pueden ser tratados de manera diferente. Asimismo, impone a la autoridad de aplicación el diseño de procedimientos especialmente eficaces y expeditos para el este tipo de consumidores.
3. La Res. SCI 139/2020 encuentra fundamento en los arts. 42, 43, y 75, incs. 22 y 23, de la Constitución Nacional.
4. El concepto de "vulnerabilidad estructural", enunciado por la resolución bajo análisis, recoge una antigua postura doctrinaria y jurisprudencial nacida en la década de 1960, que postula el restablecimiento del equilibrio entre las partes contratantes, cuando una de ellas es el consumidor. Dicha postura es conocida como el "Movimiento Mundial de Acceso a la Justicia".
5. Finalmente, a partir del dictado de la mencionada resolución, se amplía considerablemente la responsabilidad por daños de los propietarios de las marcas de productos y servicios frente a este tipo de consumidores. Ello, con sustento (entre otras normas) en lo dispuesto por los arts. 40 de la Ley 24.240 y 1757 del CCCN, y sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que surge de los arts. 40 bis y 52 bis de la Ley 24.240.

NORMATIVA.

- Constitución Nacional, Arts. 42, 43, 75 incs. 22 y 23.
- CCCN, Arts. 1094, 1095 y 1757.
- Ley 24.240, arts. 40, 40 bis, 52 bis.
- Ley 22.362.
- Res. SCI 139/2020.
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, (2008), incorporadas por Acordada de la C.S.J.N. N° 5/2009.

Notas al pie:

- 1) Claudio Iglesias Darriba, Abogado y Posgrado en Propiedad Industrial (Universidad de Buenos Aires) y Agente de la Propiedad Industrial (INPI). Doctor en Sociología (Universidad John F. Kennedy). Docente (de grado y posgrado) en la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ).
- 2) Dependiente del Ministerio de Producción de la Nación.
- 3) Res. SCI 139/2020, art. 1°.
- 4) Res. SCI 139/2020, art. 2°.
- 5) Conforme surge de la Ley N° 27.453.
- 6) Res. SCI 139/2020, art. 1° inc. i).
- 7) Al respecto, ver Res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior, Art. 3°.
- 8) Res. SCI 139/2020, art. 3°, a).

9)Prevé los mecanismos de tutela que, de manera expresa, permiten proteger los derechos reconocidos en el art. 42 de la misma norma fundamental. Dispone: "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen (...) 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, (...).

10)Res. SCI 139/2020, art. 3&, j).

11)Dicha responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que corresponda. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

12)Ley 22.262 - Art. 1°.

13)Ley 22.362 - Art. 3°, inc. d).

14)Otro sector que se encontraba tradicionalmente excluido del acceso a la justicia era el del medioambiente, por tratarse (al igual que en materia de consumo) de reclamos referidos a intereses difusos.

15)Res. SCI 139/2020, Considerandos.

16)La República Argentina adhirió por Acordada de la C.S.J.N. N° 5/2009.

17)Reglas de Brasilia, Sección 5&.- Medios alternativos de resolución de conflictos.

18)Reglas de Brasilia, Sección 2&.- Beneficiarios de las Reglas 1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 29 DE SETIEMBRE DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1 al 2, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.7, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1094, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1095, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1757, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Constitución de la Nación Argentina Art.43, Constitución de la Nación Argentina Art.75, Ley 22.362, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.25, Ley 24.240 Art.37, Ley 24.240 Art.40, Ley 24.240 Art.40, Ley 24.240 Art.52, Ley 24.240, LEY 26.993*

REF. BIBLIOGRAFICAS

-Cappelletti, M., & Garth, B. (1978). El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. (FCE, Ed.) (1996th ed.). México.

-Condomí, A. M. (2018). Responsabilidad objetiva y carga dinámica de la prueba en materia de consumo en un caso judicial. Id SAIJ: DACF180200.

-Garzino, M. C. (2018). "La protección del consumidor hipervulnerable a través del 'diálogo de fuentes' y la necesidad de una previsión equilibrada." In XVII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO DEL CONSUMIDOR. Retrieved from [moz-extension://b7278ad6-5477-4c0f-9e4e-81dd14818060/enhanced-reader.html?openApp&pdf=https%3A%2F%2Fwww.derechouns.com.ar%2Fwp-content%2Fuploads%2F2018%2F05%2F01-Garzino-Consumidores-hipervulnerables.pdf](https://b7278ad6-5477-4c0f-9e4e-81dd14818060/enhanced-reader.html?openApp&pdf=https%3A%2F%2Fwww.derechouns.com.ar%2Fwp-content%2Fuploads%2F2018%2F05%2F01-Garzino-Consumidores-hipervulnerables.pdf)

Las neurociencias y la información: una mirada distinta del deber de informar

SHINA, FERNANDO E.

Publicación: www.saij.gob.ar, 27 DE SETIEMBRE DE 2021

TEMA

NEUROCIENCIA-RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DERECHO A LA INFORMACION-DEBER DE INFORMACION

TEXTO

I. Presentación.

Antes de comenzar a desarrollar esta noción, tan importante para el derecho en general y para el derecho del consumidor en particular, nos parece oportuno hacer algunas aclaraciones previas. Ello así porque, conforme iremos viendo, vamos a proponer una mirada distinta de la que tradicionalmente se utiliza

para examinar el deber de informar.

Nadie puede soslayar que no hay ley, ni reforma legal, ni artículo doctrinario que haya omitido tratar este tema y prometido mejorar la información que reciben los consumidores de bienes y servicios. Esa insistencia, casi neurótica, de llevar adelante permanentes reformas legales que prometen mejorar lo que pronto deben modificar nuevamente, no hace más que resaltar que el problema de la información sigue sin encontrar una solución. Más aún: es bastante probable que cada vez estemos peor informados.

Es por eso que nos propusimos tratar este tema desde un lugar diferente al tradicional.

II. Abundancia de normas y ausencia de sujetos.

Cuando se comienza a estudiar la información, sea como deber de los proveedores o como derecho de los consumidores, rápidamente chocamos contra una de sus principales características: la multiplicidad de fuentes legales que se ocupan de consagrar (esa es la palabra exacta) la obligación de informar. Hemos puesto a la información en lo más alto de la cúspide de los deberes de los proveedores y en los derechos de los consumidores.

No obstante, si nos tomamos algo de tiempo para revisar esas fuentes normativas vamos a encontrar un común denominador: todas describen las características que debe tener la información, pero siempre lo hacen en relación a un bien o a la prestación de un servicio, sin ocuparse del sujeto que debe ser informado. Esta situación, denota una característica distorsiva en el tratamiento normativo de la información: la ausencia del sujeto. Dicho de otro modo: el legislador, el juzgador y el doctrinario piensan a la información sin pensar al sujeto que debe ser informado.

En la concepción tradicional, se habla y se escribe mucho de las cosas inseguras, de los lenguajes incomprensibles, de los mensajes confusos, de los anuncios imprecisos y de riesgos abstractos, pero no dice nada acerca de la posición del sujeto que debe recibir la información. (Quiere recibirla?. (Está dispuesto a vencer sus propias resistencias e informarse aun en contra de su voluntad?. Qué mecanismos de la personalidad actúan para recibir o rechazar información que es conveniente recibir?.

De nada sirve llenar un prospecto de informaciones útiles que serán esterilizadas porque nadie las leerá. Lo comprensible y veraz se neutraliza cuando la indiferencia del sujeto desestima esa información. Entonces, según nuestro modo de ver este asunto, la pregunta correcta que debemos formular no está relacionada con la cantidad de información exigible, sino con los procesos psíquicos (cognitivos) relacionados la voluntad de recibir la información.

No se trata de informar más y de manera más coercitiva, sino de estimular mejor al sujeto para que se informe. El asunto, como se irá viendo, es mucho más complejo de lo que se supone y esas complejidades psíquicas, propias del ser humano, no se solucionan aumentando los caudales informativos, ni incrementando las sanciones a los proveedores.

Es preciso que comprendamos que los proveedores siempre estarán dispuestos a cumplir normas estériles que no serán exigidas por consumidores sesgados por su propia condición humana. Dicho en pocas palabras: por más que los empresarios informen mucho si el sujeto le tiene aversión a recibir información no será informado. El legislador, el doctrinario y magistrado cada vez se desentienden más de la estructura psíquica del sujeto y esa indiferencia ((ignorancia?) comienza a ser un grave problema para el desarrollo de las relaciones de consumo.

III. La diversidad de fuentes legales.

Veamos cómo la información las múltiples fuentes legales de nuestro ordenamiento jurídico.

(a) La Constitución Nacional. El art. 42 del Carta Magna postula que "Los consumidores y usuarios tienen derecho... a una información ADECUADA y VERAZ...".

Wajntraub, en la obra que dirigen Sabsay y Manili, describe las confusiones que tratamos de exponer en los párrafos que preceden: "El deber de información es la columna vertebral del derecho del consumidor, en tanto constituye un trascendental instrumento tendiente a conjurar la superioridad... que suelen detentar los proveedores. En la ley 24.240 este derecho se desarrolla en forma transversal en distintos institutos de lo que da muestra las numerosas disposiciones donde se lo regula"(1).

Esta concepción es, a nuestro modo de ver, una de las grandes confusiones del derecho del consumidor: suponer que la columna vertebral del sistema está en el deber de informar que tienen los proveedores y no en los mecanismos 'antiinformativos' que, casi instintivamente, desarrollamos los seres humanos. Hace años que el Derecho del consumidor está atorado, tratando de resolver las consecuencias de un fenómeno sin poder modificar sus causas. Esa confusión entes las causas y las consecuencias es lo que asegura la continuidad del problema de la desinformación.

(b) Ley de defensa del consumidor. El art. 4 de LDC dispone que "El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma CIERTA, CLARA y DETALLADA, toda la información relacionada con las CARACTERÍSTICAS ESENCIALES de los bienes y servicios que provee...".

En concierto con la doctrina mayoritaria, Tambussi postula que "La importancia que adquiere la información se evidencia en el conocimiento... es fuente de poder. Es por eso que aquello que suceda en cuanto al acabado cumplimiento de este deber por parte del proveedor tiene relevante significado. Tanto que sin existir el derecho a ser debidamente informado el consumidor tendría una tutela relativa"(2).

Nuevamente se puede apreciar cómo se cargan las tintas sobre el deber de de los proveedores y se desatiende la estructura psíquica de las personas que deben recibir la información.

Nosotros pensamos que la información asimétrica no es la única fuente de poder que tiene el sector de los proveedores; de hecho, pensamos que ni siquiera es la más relevante. Lo que da poder real es conocer los mecanismos mentales que determinan la conducta humana, pues ese conocimiento es el que permite su manipulación.

No se trata de analizar el logo de la gaseosa Coca Cola, sino en entender qué le sucede al consumidor de esa bebida cada vez que lo ve en la góndola del supermercado. Dan Ariely, renombrado profesor americano de psicología del comportamiento, comenta un experimento en el que se estudió la marcada preferencia del público por la Coca-Cola en desmedro de su histórico rival: "Cada vez que una persona recibía un chorro de la Coca-Cola o Pepsi, se estimulaba el centro cerebral asociado a los sentimientos fuerte de conexión emocional, denominado corteza prefrontal ventromedial... Pero cuando los participantes sabían que el chorro era de Coca-Cola ocurría algo más. Esta vez se activaba también el área frontal del cerebro ...un área relacionada con las funciones cerebrales humanas superiores como la memoria temporal, las asociaciones y las cogniciones e ideas del orden superior... la ventaja de Coca-Cola sobre Pepsi se debía a la imagen de la marca de la primera... y no a las propiedades químicas de la bebida"(3).

La solución al complejo problema de la información está en el estudio de las neurociencias antes que en el dictado de normas cada vez más barrocas y menos eficaces.

(c) El Código Civil y Comercial. El Código, que es el plexo legal más general y abarcativo de nuestro ordenamiento legal, también incluye disposiciones que regulan las relaciones de consumo (arts. 1092 a 1122 del CCyC).

Dentro de las cuestiones que el Código reguló está el deber de informar.

El art. 1100 del CCyC establece, al igual que la LDC, que la información que el proveedor está OBLIGADO A SUMINISTRAR, debe ser CIERTA y DETALLADA y, asimismo, debe versar sobre las CARACTERÍSTICAS ESENCIALES de los bienes y servicios que ofrece en el mercado.

El apartado final del art 1100 se refiere, por única vez, al sujeto informado. Se establece con relación al consumidor, que la información debe ser gratuita y proporcionada con la CLARIDAD NECESARIA que permita su COMPRENSIÓN.

Leiva Fernández, en la obra dirigida Jorge Alterini, se refiere a esta obligación prescripta en el art. 1100 del CCyC: "El legislador..., establece con el carácter de obligación para el proveedor suministrar información al consumidor, dentro de la relación de consumo.... Utiliza los adjetivos 'cierta' y 'detallada' eliminándose el término de 'clara' que, sin embargo, utiliza más adelante"(4).

Nuevamente se aprecia que la información es concebida como una obligación del proveedor completamente desvinculada del sujeto que la recibe.

Hasta que no se entienda que la información es un fenómeno complejo que involucra a los proveedores que deben suministrarla y a los consumidores que

deben recibirla, vamos a seguir modificando leyes sin modificar los pobres resultados obtenidos hasta ahora.

(d) La información en el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Como era previsible, este nuevo proyecto de reforma de la ley 24.240 tampoco se privó de regular la información. Este estatuto, que nos merece la peor opinión por ser la norma más regresiva de los derechos del consumidor de los últimos treinta años, no le dedica un artículo sino nueve al deber de informar. (Ver arts. 8 a 16, del citado proyecto de ley).

El art. 12 del proyecto, al igual que sus antecesores, describe cómo debe ser la información, disponiendo que debe ser CLARA, PRECISA, COMPLETA, VERAZ y COMPRESIBLE. Asimismo, esa información debe recaer sobre las CARACTERÍSTICAS ESENCIALES de los bienes y servicios que se ofertan. La norma avanza sobre todo lo conocido hasta el momento en materia de ingenuidad y torpeza y exige que se informen los RIESGOS y las INCERTIDUMBRES.

Para que el lector entienda el tamaño sideral de esta incongruencia: se exige a los proveedores que informen con claridad, detalle, precisión, y en forma completa y comprensible, los riesgos (que por definición son una amenaza futura y meramente previsible) y las incertidumbres (aquello que no se conoce con certeza).

Hasta el momento, como era de esperarse, nadie pudo explicar cómo se hace para informar con claridad, certeza, precisión y detalle los riesgos y las incertidumbres relacionadas con las cosas y los servicios. Pero a no desanimarse, porque quien logre semejante proeza científica posiblemente reciba el Premio Nobel. Empero, más allá de la humarada, el legislador ignora que la incertidumbre es, justamente, la ausencia de esa claridad y precisión que tan torpemente le exige al proveedor.

Y como si todo esto fuera poco, el art. 15 del citado Proyecto, sanciona, como si fuera una infracción autónoma, la sobreinformación.

O sea: se le exige a los proveedores que informen en forma CLARA, PRECISA, COMPLETA, VERAZ y COMPRESIBLE, TODO lo relacionado con las CARACTERÍSTICAS ESENCIALES de los bienes y servicios que se comercializan. Asimismo, deben informar sobre cuestiones que todos ignoran (el riesgo, la incertidumbre) y si al cumplir esta tarea, informan en abundancia serán sancionados como si no hubiera informado nada.

En resumen: el proveedor, haga lo que haga el proveedor cometerá una infracción por la que podrá ser multado. De esta manera, el Proyecto de ley que comentamos logra una tarea que, a priori, parecía difícil: promueve un Estado vigilante cada vez más grande, cada vez más autoritario y cada vez más inútil.

IV. El común denominador del fracaso.

Si se presta atención a las características de principales de cada una de las fuentes que hemos analizado, se advertirá que hay un común denominador en todas ellas. La información se limita a las cosas y los servicios, pero ninguna se ocupa del comportamiento del consumidor en la etapa previa al acto de consumo. La única excepción, insuficiente por cierto, es el apartado final del art. 1100 del CCyC que alude a la necesidad de que la información sea "...proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión".

El Derecho nunca pensó que el problema no está en el ocultamiento de la información, sino en la manipulación de los comportamientos que tienen los usuarios y consumidores a hora de decidir qué cosas 'necesitan' consumir.

V. Las apariencias y paradojas, nos parece oportuno resaltar que existe una forma muy extendida de antijuridicidad que se concreta mediante una conducta que, en apariencia, es irreprochable. La paradoja consiste en violar la ley sin cometer acciones antijurídicas. Lo cierto es que no hay una paradoja insoluble, sino una disimulación de lo real; es decir, un fraude a la ley.

La idea que proponemos analizar se puede reducir a un enunciado bastante simple de comprender. Veamos: el empresario que sabe que la información que ofrece será neutralizada por la indiferencia de quien la recibe sabe, en definitiva, que no está informando nada. Esa información que en definitiva no informa nada es tan antijurídica como la omisión de informar.

Waldo Sobrino, mucho antes que nosotros y haciendo referencia a los contratos de seguro, advertía que si la información no es reforzada por el consejo y aun por la advertencia del proveedor, se corre peligro de que ella no produzca el efecto perseguido por la ley: ... profundizando los deberes antes analizados es que, mediante la advertencia, el proveedor debe alertar al consumidor si el bien o servicio que está vendiendo le puede llegar a producir algún perjuicio

al cliente(5).

VI. La información estéril y el fraude a la ley.

Esa conducta, que consiste en aparentar informar para lograr desinformar, podría ser considerada un verdadero fraude a la ley en los términos del art. 12 del CCyC. Ello así porque implica que alguien simula estar cumpliendo la obligación de informar sabiendo que ese objetivo no será concretado. En definitiva, se utiliza una apariencia legal para no cumplir la ley. "Esta transgresión puede entenderse vinculada a la obtención de un resultado que infringe el sentido general del ordenamiento jurídico. La realización de acciones que aparecen conformes a la ley no basta por sí sola, pues es ineludible ajustar el comportamiento al Derecho en general y como un todo, dice con razón Highton de Nolasco"(6).

En ese orden de ideas, compartimos la definición formulada por Rivera y Crovi, quienes señalan que: "Denominamos actos en fraude a la ley a los negocios jurídicos aparentemente lícitos, por realizarse al amparo de una determinada ley vigente (ley de cobertura), pero que persiguen la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa (ley defraudada)"(7).

En el caso que examinamos, la apariencia consiste en ofrecer una información irrelevante sabiendo que ella jamás cumplirá su objetivo, sino que va a provocar una mayor desinformación.

La información ofrecida por el proveedor debe ser eficiente y no meramente formal. Otra vez acierta Sobrino cuando postula que: "...sin perjuicio de lo que desarrollaremos más adelante, es que ahora queremos dejar sentado que la clave de bóveda del deber de información es que debe ser eficiente. Es decir, se debe conseguir un efecto determinado"(8).

Otro caso frecuente de fraude a la ley consiste en disimular la existencia de una relación de consumo instrumentando la operación con una obligación cambiaria. Así, un supuesto acreedor cambiario se presenta en los tribunales para ejecutar un pagaré, simulando ajustarse a los términos del decreto ley 5965/1963 y las disposiciones contenidas en el Códigos Procesales, pero violando el art. 36 de la LDC. Y, sobre todo, ocultando que la relación de base es de consumo y, por lo tanto, amparada por los muchos beneficios que emergen de la ley, protectoria, 24.240.

La jurisprudencia nacional, a la que lentamente se van sumando las provincias más rezagadas, tiene criterios consolidados con relación a este tópico. Los anotamos por separado para no distraernos del tema específico de este breve ensayo(9).

VII. Las neurociencias y la información: la información eficiente y el optimismo desbordante.

Como ya fue reseñado, los proveedores que lideran el mercado aparentan informar a su clientela sabiendo que no lo hacen en forma eficiente. En las grandes ligas del marketing, nadie ignora que por más que se pongan en las cajas o en los frascos leyendas con severas advertencias ellas no serán leídas.

El problema más serio es que la falta de voluntad informativa de los proveedores es complementada por los propios consumidores que desprecian la información. Dicho en forma más sencilla: le tenemos aversión a los informes que contrarían nuestras ilusiones embriagadas de optimismo.

Ese voluntarismo engañoso, con el que afortunadamente nacemos, excede a las relaciones de consumo y puede llegar a consumir nuestra limitada razón en los brazos de un amor que imaginamos eterno, pero que pronto es desplazado por la desilusión. Richard Thaler y Cass Sunstein traen el ejemplo de optimismo matrimonial: "Las personas tienen un optimismo no realista incluso cuando hay mucho en juego. Aproximadamente el 50 por ciento de los matrimonios acaban en divorcio, y éste es un dato que la mayoría de la gente conoce. Pero en el momento de la ceremonia casi todas las parejas creen que las posibilidades de que su matrimonio acabe en divorcio son aproximadamente del cero por ciento, - incluso los que ya se han divorciado"(10).

Pero volvamos rápidamente nuestro mundo leguleyo y pasemos por alto las reflexiones retrospectivas que suelen apenarnos. En materia de seguros, cuyos contratos de adhesión posiblemente sean la bandera insignia en materia de cláusulas abusivas, es muy común que las pólizas contengan cantidades abrumadoras de informaciones irrelevantes que se ponen al comienzo del contrato, dejando para el final la información que realmente les interesa a los usuarios.

La finalidad de esa práctica abusiva, es agotar rápidamente la escasa (nula,

en verdad) lectura que los usuarios hacen de los contratos: "En efecto, dichas definiciones son letra muerta, dado que ningún consumidor tiene la expectativa que se le brinde cobertura -p. ej. - de un hecho derivado de una guerra internacional... vinculado con un siniestro con su automóvil o daños o daños que sufre en su domicilio. Peor aún, el único objetivo que se logra es que se refuerza la tendencia que tienen los consumidores a no leer los contratos... Como consecuencia de ello, solo deberían figurar las expectativas que tengan los asegurados que puedan resultar de interés, ora por su aspecto cuantitativo, ora por su análisis cualitativo", dice con razón Sobrino (11).

Al igual que en el ejemplo del tenista amateur, que compra la misma raqueta que usa su ídolo y paga por ella un precio mucho más elevado que el necesario para adquirir una raqueta acorde con su nivel de juego, los clientes de cualquier producto están dominados por un optimismo impulsivo que los lleva a rechazar la información razonable.

Este optimismo irracional e impulsivo, que algunos estudiosos denominan 'tentación', es prácticamente imposible de controlar mediante informaciones formales. Una vez que fuimos empujados a los abismos de las tentaciones no hay información que pueda detener el impulso.

Richard Thaler (Premio Nobel de economía 2017) estudió estos impulsos no racionales y concluyó que "Los problemas de autocontrol combinados con la decisión irreflexiva tienen malas consecuencias para la gente real. Millones de personas todavía fuman a pesar de que está demostrado que fumar tiene consecuencias terribles para la salud y, lo que es más significativo, la gran mayoría de los fumadores afirmar que les gustaría dejarlo. Casi dos tercios de los estadounidenses tiene sobrepeso o están obesos. Muchas personas nunca llegaron a suscribir el plan de pensiones de su empresa, aunque cuenten con importantes ayudas "(12).

No se trata de informar a destajo, sino de analizar los aspectos más importantes de la estructura psíquica de los sujetos y de saber que la conducta impulsiva prevalece sobre la reflexiva.

El inconsciente, del que poco se habla en nuestras escuelas de derecho, tiene sobre nuestra conducta mucha más preponderancia que la que estamos dispuestos a aceptar. Sin embargo, nuestra voluntad y nuestra libertad están limitadas por fuertes tendencias inconscientes que, por suerte, no podemos controlar. Empero, negar o subestimar la importancia del inconsciente nos hace todavía menos libres y más fáciles de manipular.

La manera de romper las paradojas de una información que desinforma al consumidor y desobliga al proveedor, no es acentuar el volumen de la obligación, sino reconducirla para lograr que ella se convierta en la severa advertencia que el empresario les hace a sus propios clientes.

En sumario; pensamos que para informar correctamente es preciso achatar el optimismo del consumidor; hacerle entender que, por más que compre la raqueta más cara del negocio, su nivel de juego seguirá siendo mediocre en el mejor de los casos.

El problema no está en la raqueta que se compra, sino en las expectativas que el sujeto tiene, no solo con relación a ese instrumento, sino también a sus propias habilidades tenísticas.

No se trata de informar las cualidades de la raqueta, sino de trabajar sobre los factores emocionales del sujeto. La persona que imagina que juega como Roger Federer estará dispuesta un precio demencial por un par de zapatillas, por más que la Ley de Defensa del Consumidor obligue al comerciante a extremar las informaciones sobre ese producto. El comerciante, le dará todas las informaciones exigidas por la ley y el consumidor de ensoñaciones pagará el precio exigido por el mercado.

Se intenta combatir las tentaciones impulsivas con informaciones racionales y ese camino tiene un único final previsible y repetido: el fracaso.

Pero, (qué empresario estaría dispuesto a achatar el optimismo de sus clientes sabiendo que ellos quieren intensificar sus ilusiones?. Los proveedores, desde luego, prefieren seguir cumpliendo a rajatabla las exigencias de la ley que contrariar el deseo de un cliente tan dócil y fácil de manipular.

Notas al pie:

1) Wajntraub, Javier, en Sabsay - Manili, Constitución de la Nación Argentina., T 5, p. 312.

2) Tambussi, Carlos (Dir.), Ley de defensa del consumidor., p. 73.

3) Ariely, Dan, Las trampas del deseo, Francisco J. Ramos (trad.), Ariel, Barcelona, 2009, p. 185.

- 4) Leiva Fernández, Luis, en Alterini, Jorge H., (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial ., T V, p.898.
- 5) Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial., p.83.
- 6) Highton de Nolasco, Elena Inés, Título Preliminar del Código civil y Comercial. Principios Generales del Derecho Argentino, Santa Fe Rubinzal-Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo, 2015, Cita: RC D 1011/2017.
- 7) Rivera - Crovi, en Rivera - Medina (Dir.), Derecho Civil y Comercial, Parte General, . p. 73.
- 8) Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial., p.85.
- 9) 1. Acudir al recurso de instrumentar la deuda derivada de una operación crediticia con un consumidor en un título cambiario indicando un domicilio de pago distinto del real, importa contravenir palmariamente la finalidad específica de la tutela establecida por el orden público del consumo (arts. 36 y 65, Ley 24240, texto según Ley 26361) y entraña un evidente ejercicio abusivo del derecho cuando la conducta, si bien encuadraba formalmente con la norma legal, al encontrarse desviada del fin para el cual la ley concediera ese derecho o ejercitarse en pugna con los principios de la buena fe, la moral o las buenas costumbres, en verdad se halla viciada y repudiada por el derecho. (Del voto del Dr. Pettigiani). (Cuevas, Eduardo Alberto vs. Salcedo, Alejandro René s. Cobro ejecutivo SCJ, Buenos Aires; 01/09/2010; Rubinzal Online; C 109305; RC J 13919/10).
2. El fraude a la ley requiere de una alteración maliciosa y voluntaria del punto de conexión establecido por la norma de conflicto que envía a aplicar un derecho determinado, con la finalidad primera de evadir el derecho aplicable al caso. (Más Beneficios S.A. vs. Santillán, Rodolfo Antonio s. Ejecutivo, CCC 1&, Córdoba; 06/10/2016; Rubinzal Online; 2648111/36; RC J 6019/16).
- 10) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, Belén Urrutia (trad.), Buenos Aires, Taurus, 2018, p. 49.
- 11) Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial., p.97.
- 12) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, Belén Urrutia (trad.), Buenos Aires, Taurus, 2018, p. 61.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 27 DE SETIEMBRE DE 2021
:
Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.12, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1100, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1092 al 1122, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Decreto Ley 5.965/63, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.36, Ley 24.240*

El precio del deseo. El pensamiento de Paul Bloom

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 12 DE OCTUBRE DE 2021

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DERECHO A LA INFORMACION-DEBER DE INFORMACION

TEXTO

I. Presentación del pensamiento de Paul Bloom.

En un trabajo anterior, publicado en esta misma editorial, advertimos sobre las deficiencias legislativas en materia de información. Allí habíamos concluido que hay abundantes normativas y escasos resultados, siendo la principal causa de ese resultado tan desalentador la incapacidad que el derecho nacional ha demostrado a la hora de estudiar en forma profunda la estructura psíquica del sujeto. De hecho, varias veces hemos señalado que el gran ausente de la Ley de Defensa del Consumidor es, precisamente, el consumidor(1).

Los actores principales del mercado saben que la información que brindan, por

más completa, clara y detallada que sea, es descartada por el consumidor. Este fenómeno es explicado, sin asombro ni vacilación, por todos los estudiosos de las neurociencias: el sujeto no decide racionalmente sus consumos, sino por el deseo de consumir, que es de naturaleza impulsiva. Esto significa que hay una característica muy marcada en el comportamiento humano: tendemos a concretar nuestros deseos y a descartar las 'informaciones racionales' tendientes a frenarlo o a atenuarlo. Dicho de otro modo: el deseo impulsivo de consumir no puede ser controlado mediante la información racional que aconseja no consumir, por más abundante que ella sea.

Si acaso el lector desconfiara de estas primeras formulaciones puede probarlas tratando de informar a un fumador las adversidades del tabaco, o a quien padece sobrepeso los beneficios de la comida saludable, o al adicto que es mejor aspirar el aire puro de la campaña que el polvo blanco de las añoranzas desoladas.

La mayoría de las personas saben, o intuyen con bastante certeza, lo que es más seguro, más sano y más conveniente sin necesidad de recibir abundantes detalles informativos ordenados en una ley, pero el deseo de placer es el impulso que ordena la conducta.

Una de las teorías centrales de Paul Bloom (Profesor de Psicología del comportamiento para Yale University) (2) es que consumimos cosas no porque alguien nos informe sobre sus características, precios y calidades, sino por la historia subyacente que ese producto tiene para cada uno de nosotros. Dicho en otros términos: consumimos relatos, historias que modifican la percepción que tenemos de los productos.

El profesor Bloom es uno de los autores actuales que mejor explica este fenómeno, advirtiendo que lo esencial de un producto no es su calidad, sino la historia subyacente. A ese fenómeno lo denomina 'esencialismo' del placer y procura explicar que nuestro deseo solo ve el relato subyacente que quiere ver y desecha toda otra información: "La historia contiene un mensaje de esencialismos, la idea de que las cosas tienen una realidad subyacente que no puede observarse directamente, una esencia oculta que es lo que de verdad importa", dice Bloom cuando empieza a explicar este fenómeno(3).

Unas páginas más atrás, este brillante autor canadiense explica el concepto con una serie de ejemplos: "El placer que obtenemos de toda clase de objetos de uso cotidiano guarda relación con lo que creemos sobre su historia. Pensemos en los siguientes artículos: Una cinta métrica que perteneció a John F. Kennedy, vendida en una subasta por 48.875 dólares. Los zapatos que le lanzó a George W. Bush un periodista iraquí en 2008 (por lo que se dice que un millonario saudí ofreció diez millones de dólares) . Muestras del vestido de boda de la princesa Diana. Todas estas cosas poseen un valor que va más allá de su utilidad práctica". Estos productos son insustituibles, no por su significado real, sino por la historia que subyace detrás de ellos.

El relato interior de los productos, que vendría a ser algo así como su intimidad, hace que paguemos por ellos precios irracionales. Nada de esto nos resulta extraño; al contrario. En un video de YouTube se puede ver una subasta en donde una hoja de papel, manuscrita con letra incomprensible, fue vendida en U\$ 1.250.000. Parece un precio elevado para un hoja de libreta llena de garabatos, hasta que el video informa que se trata del original donde John Lennon escribió All you need is love. Conviene aclarar que no es este el precio más caro que un fan de The Beattles pagó por algún suvenir de la legendaria banda(4).

El placer se busca impulsivamente y su esencia es irracional. Ya debería ser hora de comprender que no vamos a lograr controlar el consumo compulsivo incrementando la obligación informativa de los proveedores: esta ingenuidad legislativa nos está costando muy caro.

II. El desacople entre la norma jurídica y el comportamiento del sujeto.

El legislador nacional insiste en hacer leyes sin considerar - por ignorancia, ingenuidad, soberbia o cinismo - nociones elementales de la psicología del comportamiento, tales como el 'deseo' y el 'placer'. Más aún:

en muchos casos, la norma jurídica ignora por completo la naturaleza del comportamiento humano.

Nos da placer consumir cualquier cosa y ninguna información será suficiente para prevenir las adversidades de ese consumo alienado que busca, siempre insatisfecho, satisfacer lo que no puede satisfacer. Nos complace también sentir el dolor y, a diferencia de otros animales, hacemos, inexplicablemente, cosas que nos traen dolor físico o pena emocional o perjuicio económico. Dan Ariely se refiere a estas aparentes contradicciones en su libro *Las trampas del deseo*: "Cuando prometemos que ahorraremos dinero, nos hallamos en un estado frío. Cuando prometemos que haremos ejercicio físico y vigilaremos nuestra dieta, también lo hacemos en frío. Pero luego, irrumpe el río de lava de la ardiente emoción: justo cuando habíamos prometido ahorrar, vemos un coche nuevo, una bicicleta de montaña o un par de zapatos... Justo cuando habíamos planeado hacer ejercicio... encontramos una buena razón para quedarnos sentados delante del televisor. (Y la dieta? Bueno, de momento voy a tomar una porción de pastel de chocolate, y ya empezaré la dieta en serio mañana" (5).

Este desfase entre la planificación racional (hacer dieta, ahorrar, ir al gimnasio) y la decisión concreta (comprar un auto, comer un postre o faltar al gym) se explica entendiendo que las planificaciones frías son racionales y las decisiones concretas son calientes.

Ese diferencial de temperaturas que señala Ariely es similar en el caso de la información. La norma jurídica que dispone la obligación informativa es fría, objetiva, detallada; incluso puede ser veraz, pero prescinde de lo que el sujeto hace con ella cuando, digámoslo sin mayores reparos, está CALIENTE y arde su deseo de comprar un producto.

En sumario: no hay que seguir modificando y reparando el freezer de la información congelada, sino que debemos empezar a ver cómo funciona la hoguera donde arde nuestro deseo. Hace años que el Derecho invierte el orden, y dedica más tiempo a modificar leyes que a estudiar la psicología del comportamiento. y así estamos.

III. La información aparente y la antijuridicidad real.

La contracara previsible de lo que venimos señalando es que, no son pocas las veces que los proveedores informan para cumplir la ley, pero sabiendo que no están informando. O sea: negocio redondo. Es decir, cumplen la obligación legal que imponen las diversas normas, pero con la certeza de que la información nunca saldrá de la etiqueta del producto para ingresar en la conciencia del cliente. Dicho en forma todavía más clara: gracias a la torpe intervención legislativa, los proveedores pueden simular el cumplimiento de su obligación y obtener los beneficios de incumplirla.

En nuestra opinión, esta apariencia de cumplir una obligación legal constituye un fraude en los términos del art. 12 del art. CCyC. Lorenzetti, explica el funcionamiento del fraude con tal claridad que vale la pena transcribir su pensamiento: "El fraude a la ley requiere la existencia de un acto jurídico aparentemente lícito porque se realiza al amparo de una ley vigente, pero que persigue la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por una norma imperativa. De manera que se pueden distinguir tres elementos: a) un acto jurídico; b) una ley de cobertura; c) una ley defraudada" (6).

En los hechos, esa figura triangular que describe Lorenzetti se concreta mediante el acto jurídico de informar simulando cumplir la ley que, en verdad, se quiere falsear.

Matilde Zavala de González se refiere a estas situaciones (antijuridicidad difusa) que describen conductas que parecen jurídicas pero que provocan daños: Las conductas antijurídicas y lesivas son fuentes de daños injustos, pero también poder surgir de actividades permitidas y aprobadas socialmente, con prescindencia de un obrar concreto que pueda considerarse como ilícito(7).

No es tan complejo imaginar que las empresas líderes elaboran campañas publicitarias cuya finalidad primaria no es informar, sino simular que informan. Sin embargo, esta conducta, que sólo en apariencia es lícita, no podría pasar la valla de la antijuridicidad presunta establecida en el art. 1717 del CCyC. Y tampoco podría saltar la prescripción en el art. 1716 del CCyC que dispone la antijuridicidad relacionada con el incumplimiento de una obligación. Es que, en los hechos, se produce el incumplimiento de la obligación de informar.

IV. Procedencia de los daños punitivos (DP).

Conforme lo dicho en los párrafos que preceden, pensamos que si se verifica el incumplimiento real de la obligación de informar, la existencia de un daño, la imposibilidad de justificarlo y la conducta deliberada del agente, sería procedente, en adición a las indemnizaciones regulares, la aplicación de los DP prevista en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

V. Aspectos objetivos y subjetivos de la información.

A nuestro modo de ver, la información tiene una proyección subjetiva y otra objetiva. Esto quiere decir que los efectos del desconocimiento se dan, por un lado hacia las cosas y, por el otro, hacia los sujetos. Ello a pesar de que la falta de información siempre termina afectando al sujeto.

La distinción nos parece útil para mostrar las diferencias que existen entre no saber cómo usar una cosa e ignorar algo referido a su calidad intrínseca. Veamos. Es distinto no saber manejar un automóvil (desconocimiento de tipo subjetivo) que ignorar que la pintura del coche no es de la calidad prometida por el vendedor. En este último caso, se trata de un desconocimiento que tiene muy poca relación con el sujeto.

En suma, hay una desinformación a la que llamaremos intrínseca, referida a las cualidades esenciales de las cosas y otra subjetiva que afecta solo al individuo.

VI. La obligación de informar y el artículo 260 del Código Civil y Comercial.

Por más que sea indiscutible que el derecho del consumidor es una rama autónoma del Derecho, nos parece importante destacar los puntos de contacto que existen entre este microsistema legal autónomo y la teoría general del acto jurídico.

La información, como principio rector de las relaciones de consumo, está fuertemente emparentada con el art. 260 del CCyC. El acto jurídico y acto de consumo están formados por los mismos elementos: ambos son hijos del acto jurídico humano y voluntario. El tronco de ambos está compuesto por los mismos elementos: (i) el discernimiento; (ii) la intención, y (iii) la libertad. De la misma manera que sin discernimiento no hay acto jurídico voluntario, sin información efectiva tampoco hay acto de consumo válido. La falta de discernimiento e intención en el acto jurídico tiene efectos equivalentes a la falta de información en el acto de consumo: produce su nulidad en los términos de los arts. 265 a 278 del CCyC.

El art. 260 del Código Civil y Comercial es la traza común que vincula a todo el Derecho Privado. Por eso es tan importante que nos aseguremos de que la información sea eficiente y eso no se logra aumentando la exigencia a los proveedores, sino dirigiendo la información para que efectivamente impacte sobre el interés de los consumidores. En ese orden de ideas, resulta absolutamente irrelevante y hasta paródico, o directamente cínico, informar que la batería de un teléfono dura cientos de horas en stand by, porque ningún usuario del Planeta Tierra compra un teléfono para dejar que su batería se consuma sin usarlo. A nadie le importa saber cuánto dura una batería en stand by. Por el contrario, la duración real de la batería, aún la establecida en base a cálculos estadísticos, genéricos y bastante aleatorios, es un dato informativo mucho más relevante que el referido a la duración en modo stand by.

A propósito: (algún lector conoce la duración estadística de la batería del celular que está comprando ahora en alguna de las súper tentadoras promociones online que ofrecen las marcas más conocidas del mercado?).

VII. La responsabilidad y la creación de expectativas.

Hay una regla que se repite: a mayor complejidad del negocio menor conocimiento del consumidor y mayor brecha cognitiva entre el proveedor y el cliente.

La irrupción de la tecnología en todos los actos de la vida cotidiana nos ha hecho tomar conciencia de lo poco que sabemos y la importancia del conocimiento.

En ese orden de ideas, no sorprende que la ignorancia y las expectativas del consumidor sean las materias primas más importantes en las relaciones de consumo. Cuanto más grande es la ignorancia del usuario más se incrementa la confianza que le debe al proveedor. La confianza entre el fabricante y el cliente es determinante en el acto de consumo; es por eso que pensamos que violar las expectativas que se derivan de ella debe engendrar la responsabilidad del productor. También debe generar responsabilidad incrementar esas expectativas. En un trabajo anterior, señalábamos que "... lo mismo puede decirse de quien crea expectativas falsas. Ese modo de actuar tiene una doble finalidad; a saber: primero, incrementar el volumen de las ventas y, en segundo lugar, aumentar el precio del producto. Es una obviedad que hay un aprovechamiento económico relacionado con incrementar las expectativas de los adquirentes"(8).

Lorenzetti fue uno de los primeros juristas que se ocupó de este tema. Coincidimos con él cuando afirma que: Es necesaria la confianza, porque ésta se encuentra en la base del funcionamiento del sistema experto, inextricable, anónimo y es el lubricante de las relaciones sociales. Por ello, debe ser respaldada jurídicamente, tanto con el establecimiento de presunciones como mediante imputaciones de responsabilidad, utilizando para ello la regla de la apariencia jurídica(9).

Dicho en otras palabras, pero respetando la autoría de quien las dijo antes que nosotros: el proveedor que logra generar confianza gana para sí los réditos de la confianza, pero, en simultáneo, asume las responsabilidades implícitas en la creación y el aumento de las expectativas.

En ese orden de ideas, nosotros pensamos que la responsabilidad no debe basarse tanto en la falta de información, sino en la creación de expectativas. La clave de las relaciones de consumo no está en la cantidad de información que se le suministra al consumidor, sino en el incremento de las expectativas optimistas e irracionales. El relato del producto es lo que aumenta los precios y las calidades al ritmo de la tentación y el deseo de los consumidores. En otro trabajo decíamos: Lo dicho hasta ahora nos sirve para poner al descubierto el verdadero problema de las relaciones de consumo que no es, según nuestro pensamiento, el suministro de la información, sino la creación artificial de contexto y expectativas que son, en simultáneo, masivamente creídas y defraudadas(10).

VIII. Los experimentos del Profesor Paul Bloom.

Desde las neurociencias, el fenómeno de la creación de expectativas irreales (manipulación de los sesgos cognitivos) está estudiado y probado con rigor matemático. El ya citado profesor Paul Bloom, entre otros muchos autores reconocidos, presenta experimentos muy consistentes relacionados con la creación artificial de expectativas.

Nos sigue sorprendiendo lo fácil que resulta manipular al infalible Homo Sapiens que describe el art. 260 del CCyC y, mucho más, nos sorprende que los aspirantes a modificar la Ley de Defensa del Consumidor no estén al tanto de las nociones básicas de la psicología del comportamiento. No obstante, por el momento volvamos al experimento de Bloom: "Esta conclusión queda reforzada por

un astuto estudio que escaneaba el cerebro de la gente mientras probaba el vino. Aunque se trataba siempre del mismo vino, se les decía a los sujetos que había costado 10 o 90 dólares. Como cabría esperar., los sujetos afirmaban que el vino les gustaba más cuando les hacían creer que era caro"(11).

En otro experimento, el mismo autor nos revela cuán maleables son nuestros gustos musicales a la hora de pagarle su recompensa a un verdadero artista. "La mañana de un 12 de enero de 2007, un joven con vaqueros, una camisa de manga larga y una gorra de béisbol entró en una estación de metro de Washington y sacó un violín. Colocó la funda abierta del instrumento en el suelo ante sí, echo en ella unos dólares y unas monedas, y a continuación tocó seis piezas clásicas durante los siguientes 43 minutos..."(12).

Al finalizar su concierto en la estación de Washington, el joven violinista callejero había recolectado un poco menos de U\$ 40, repartidos entre monedas y billetes viejos. La suma de dinero obtenida no era mala pero tampoco extraordinaria; por el contrario, es similar a la media que recauda cualquier músico popular a esa hora en esa estación de subte.

La singularidad del experimento es que nuestro artista no era un joven haciendo sus primeras audiciones musicales, sino un famoso violinista internacional, cuyo violín (el mismo que usó en el suelo de la estación de subte) está valuado en U\$ 3.5 millones y que recientemente había dado un gran concierto en la mejor sala de la ciudad de Boston. No hace falta decir que la mayoría de los paseantes del subte, que había arrojado una moneda en la funda del violín (una obra de arte hecha en 1713), hubiera pagado una barbaridad por una entrada para escuchar al célebre Joshua Bell(13).

Todos estos experimentos nos están señalando que lo que creemos, o nos hacen creer, respecto de las cosas que consumimos modifica sustancialmente la forma en que consumimos y, va de suyo, el precio que estamos dispuestos a pagar por ese consumo.

Pagamos el precio de un relato que alguien construye primero examinando y luego explotando nuestros sesgos cognitivos. Somos capaces de pagar cualquier precio por una cosa que tenga una buena historia que la respalde, y eso no obedece a nuestro esnobismo o vulgaridad, sino a una estructura psíquica que nos hace percibir el valor de la historias antes que el valor de las cosas. El hecho de conocer este mecanismo del comportamiento humano nos ayuda a entender, por ejemplo, por qué en el siglo 21 los cuadros que Van Gogh no pudo vender, a precio miserable, en el siglo 19, valen fortunas que muchas veces se acercan a los U\$ 40 o 50 millones.

IX. El precio del deseo.

Si acaso algún lector piensa que estos experimentos se basan en cosas extraordinarias se equivoca. Alcanza que un proveedor, avezado en técnicas de neuromarketing y con presupuesto suficiente para hacer una eficaz campaña publicitaria, invente una buena historia de cobertura para que cualquiera de nosotros pague diez veces lo que reamente vale un analgésico común y silvestre.

(Nos hace sentir mejor un medicamento caro que uno barato?, se pregunta Dan Ariely, antes de mostrar los resultados de un experimento realizado con aspirinas de distinto valor. En verdad, el experimento trata de lo que nos pasa con la misma aspirina puesta en distintos frascos a distintos precios: "En nuestra siguiente prueba, modificamos el folleto, borrando el precio original (2,50 dólares por cápsula) y poniendo en su lugar el nuevo precio rebajado de 10 centavos. (Cambiaría eso la reacción de nuestros participantes? Pues sí lo hizo. Al precio de 2.50 dólares la cápsula, casi todos los participantes experimentaron un alivio del dolor después de tomársela; pero cuando el precio bajó a 10 centavos, ello solo les ocurrió a la mitad"(14). Según ese mismo experimento, pasado un semestre, los tomadores del remedio caro informaron mejores resultados que los tomadores del remedio barato... por supuesto, sin saber ninguno de ambos grupos, que habían tomado el mismo remedio.

Lo importante es saber o, al menos, empezar a comprender que ese mismo efecto 'placebo' tan habitual en los remedios, también puede aplicarse a cualquier otro bien que consumimos: zapatillas, perfumes, auriculares, teléfonos celulares. El precio de un producto es el impuesto por nuestras expectativas: el dueño del mercado es quien mejor sepa amplificarlas a su conveniencia.

Como dice Bloom, la creencia afecta la experiencia, de manera tal que aquello en lo que creemos (expectativas) determina la experiencia real. Se genera así un bucle de retroalimentación entre las expectativas psíquicas, las experiencias sensoriales y los precios que aceptamos pagar. Esto nos puede llevar a un círculo vicioso. Supongamos que creemos que el agua Perrier es más pura que la del grifo, en cierto modo superior. Esto realiza la manera en que experimentamos su saber: al beber Perrier, la disfrutamos más. Esto, a su vez, refuerza nuestra creencia, que a su vez realiza el sabor y así sucesivamente(15).

Esa creencia de la superioridad del agua Perrier, confirmada por la experiencia, es la que finalmente nos hace pensar que nos conviene pagar un precio irracional por un trago de agua que podríamos adquirir, en forma prácticamente gratuita, abriendo la canilla de nuestra cocina.

X. El precio justo y la justicia social.

Un experimento de Richard Thaler. En el orden de ideas que venimos desarrollando, resultará interesante examinar algunos experimentos realizados por el economista y Premio Nobel de Economía (2017) Richard Thaler.

En este caso, vamos a ver uno que nos explica por qué, en algunos casos, estamos dispuestos a pagar un precio más elevado y en otros, ese mismo aumento, nos parecerá una usura inaceptable.

En el experimento de Thaler se presenta un bien escaso, pero sumamente necesario. Previsiblemente, el precio de este producto sube porque la demanda de los consumidores supera la oferta de los productores. Cualquier estudiante de economía (de cualquier lugar que no sea la Argentina) entendería que si aumenta la demanda sin que aumente la oferta del producto, su precio tiende a la suba. Sin embargo, tal explicación puramente racional de las reglas de la economía es rechazado por los consumidores de casi todo el mundo.

Sin perjuicio de lo dicho, el experimento de Thaler nos muestra que el rechazo del público está más determinado por los motivos del aumento que por el aumento en sí mismo. O, dicho en otras palabras: si el proveedor del bien escaso consigue una buena historia 'humana' y de sesgo social que justifique el incremento del precio, los consumidores 'humanos' van a tolerarlo mejor. En algunos casos, hasta les parecerá equitativo pagar un precio más elevado.

Supongamos que imprevistamente se desata una pandemia global que obliga a todos los habitantes del mundo a usar, al mismo tiempo, un tapabocas para evitar la expansión descontrolada del virus. Si tal escenario llegara a ocurrir, es probable que las farmacias de cada ciudad se vean superadas por la mayor demanda de ese producto y el farmacéutico y decida aumentar el precio de los barbijos. Ese aumento sería rechazado visceralmente por la sociedad que advertiría un deleznable ánimo de lucrar con la salud y la desgracia de la población. Si embargo, si mediante un relato habilidoso y verosímil se logra referir el aumento del precio a una causa noble, por ejemplo la compra de respiradores para hospitales públicos más carenciados, el público en general aceptaría pagar un sobreprecio.

En el experimento real de Thaler no había ni barbijos ni pandemias globales, sino simples ventas navideñas. No obstante, la reacción de los consumidores frente al aumento de los precios es similar. Veamos. Si una cadena de juguetes aumenta los precios por la llegada de las fiestas, ese aumento es percibido negativamente por la clientela; empero, si el incremento nominal del precio está relacionado con donaciones de juguetes a niños carenciados, la percepción del aumento será positiva.

En su experimento, Thaler proponía un dilema que los encuestados debían resolver: En una tienda, la existencias de las populares muñecas. llevan un mes agotadas, pero una semana antes de la Navidad descubren que aún guardaban una en el almacén. El dueño de la tienda sabe muy bien que muchos clientes están muy interesados en comprarla, por lo que decide organizar una subasta para vender esa muñeca al mejor postor. (Qué le parece esta estrategia? El resultado de la encuesta fue: Aceptable, el 26%. Injusta, el 74%. Inmediatamente, se completó la muestra con una nueva encuesta levemente distinta a la original: .en la siguiente tanda de preguntas añadimos una frase a la cuestión original que establecía que las ganancias de la subasta se donarían a Unicef, y en este caso la tasa de aceptación se incrementó hasta el 79%(17).

Dicho de otro modo: el precio de las cosas también es un relato.

XI. El dilema moral de los placebos.

Lo que hemos visto en el punto anterior, además de brindarnos algunas explicaciones acerca de nuestro comportamiento, nos empuja a formularnos algunos interrogantes profundos del orden moral.

Hemos visto que, como enseñan Bloom y otros destacados científicos, la creencia que tenemos de las cosas (expectativas) determina y modifica la experiencia. Esto quiere decir que, no solamente nos creemos una historia, sino que esa historia, más o menos fraguada, puede modificar la realidad.

En el caso de los remedios esta situación es particularmente delicada, porque si nuestra expectativa en la medicación hace que la medicación logre mejores resultados, cabe preguntarnos si esa ficción que incrementa las expectativas es negativa o si, por el contrario, es parte de la misma curación que complementa el remedio. Como bien dice Dan Ariely: Lo cierto es que los placebos se basan en el poder de la sugestión. Son eficaces porque la gente cree en ellos. Uno va a que lo visite el médico y ya se encuentra mejor. Y si su médico resulta ser un afamado especialista. se sentirá todavía mejor(18).

En otro experimento que se hizo con placebos se probó el efecto estimulante de un bebida cambiándole el precio. La versión más cara del brebaje modificó la realidad y las personas que tomaron esa muestra tuvieron un mejor rendimiento que las personas que habían tomado la muestra más barata: "Los que habían comprado la bebida a precio normal también resolvieron una media de unas 9 palabras, lo que no representa diferencia con el resultado de los que no la habían tomado... Pero lo interesante fueron las respuestas del grupo que había comprado la bebida a mitad de precio: éste resolvió correctamente una media de 6,5 palabras"(19).

Todos estas muestras revelan, en forma muy consistente, que nuestra primera reacción, instintiva y no racional, es creer que los productos de precio reducido son peores y dan menos resultados que aquellos que son más costosos. Esa creencia irracional termina modificando la realidad en el mismo sentido. Esto quiere decir, se crea o no, que aspectos completamente irracionales y hasta absurdos, terminan logrando un status de verdad. De verdad creemos que una crema antiinflamatoria cara produce mejores efectos que la misma droga puesta en un envase más barato. Para colmo, es bastante probable que eso termine siendo verdad.

Esa modificación de lo real, lograda por percepciones imaginarias, nos plantea un dilema moral: (si las personas logran que su imaginación modifique la realidad, logrando que un producto produzca resultados que superen sus posibilidades reales, estamos frente a una propaganda ilícita o a un tratamiento médico indebido?. Dan Ariely reflexiona sobre estas cuestiones: Sin embargo, hemos visto que la percepción del valor, ya sea en la medicina, los refrescos, los cosméticos o los coches, puede convertirse en valor real. Si la gente realmente obtiene mayor satisfacción de un producto, (acaso el responsable de marketing ha hecho algo peor que vender la imagen del producto junto con el producto en sí?. Cuanto más empieza a pensar uno en los placebos y en el difuso límite entre creencias y realidad, más difíciles de responder se hacen todas las preguntas.

Nosotros no tenemos grandes soluciones para los enormes dilemas que presenta el comportamiento humano. No obstante, pensamos que los placebos pueden controlarse. Un sujeto un poco más racional, un poco menos impulsivo y algo más cauteloso frente a sus impulsivas tentaciones tiene más chances de entender que si dos productos tienen la misma calidad y solo varía su precio, ambos tendrán el mismo resultado físico y diferente resultado contable. Empero, es imprescindible entender que esas diferencias se logran en la escuela primaria antes que en la facultad de derecho. Como dice Ariely, "Nosotros comprobamos todo esto en una serie de experimentos, y nos encontramos con que los consumidores que se paraban a reflexionar sobre la relación entre precio y calidad resultaba bastante menos probable que presupusieran que la bebida de mitad de precio era menos eficaz..."(20).

La educación es el único tratamiento duradero y eficaz para lograr la felicidad del individuo. Pensar que un grupo de legisladores van a modificar el comportamiento humano modificando el art. 4 del Ley de Defensa del Consumidor o imponiendo una sanción, más paródica que ejemplar al productor de una gaseosa, nos está haciendo cada vez más subdesarrollados. Debemos torcer ese rumbo y reconstruir los escombros de una educación pública que hemos destruido.

Notas al pie:

1) Ver nuestros trabajos anteriores, Las neurociencias y la información: una mirada distinta del deber de informar. SAIJ, 29-09-2021, Citar: SAIJ: DACF 210166 y Las neurociencias y el deber de informar. La imperiosa necesidad de estudiar al sujeto antes de hacer leyes estériles. SAIJ, 19-08-2021, Citar: SAIJ: DACF 210152.

2) Paul Bloom (Montreal, 24 de diciembre de 1963) es un psicólogo canadiense-estadounidense. Es profesor de psicología y ciencia cognitiva en la Universidad de Yale. Su investigación explora cómo los niños y adultos entienden el mundo físico y social, con especial énfasis en la moralidad. (https://es.wikipedia.org/wiki/Paul_Bloom, fecha de captura: 3/10/2021).

3) Bloom, Paul, Carlos Abreu (Trad.), La esencia del placer, Barcelona, Ediciones B, 2010, p. 25.

4) <https://www.youtube.com/watch?v=1lzdyKZ7mTw>, fecha de captura: 10/10/2021.

5) Ariely, Dan, Las trampas del deseo, Francisco J. Ramos (trad.), Ariel, Barcelona, 2009, p.129.

6) Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial explicado., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2020, Título Preliminar, p.34.

7) Zavala de González, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2015, T° 1, p. 127.

8) Shina, Fernando E., Las neurociencias en la actuación profesional, T° 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, p. 229.

9) Lorenzetti, Luis Ricardo, Consumidores, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 71.

10) Shina, Fernando E., Las neurociencias en la actuación profesional, T° 2, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, pg. 176.

11) Bloom, Paul, Carlos Abreu (Trad.), La esencia del placer, Barcelona, Ediciones B, 2010, p. 65.

12) Bloom, Paul, La esencia del placer..., p. 137.

13) Joshua Bell (Bloomington, Indiana, 9 de diciembre de 1967) es un violinista estadounidense (https://es.wikipedia.org/wiki/Joshua_Bell, fecha de captura: 3/10/2021).

14) Ariely, Dan, Las trampas ..., p. 201.

15) Bloom, Paul, La esencia del placer..., p. 66.

16) Thaler, Richard, Portarse mal, Iván Barbeitos (Trad.), Buenos Aires, Paidós, 2017, pg. 196.

17) Thaler, Richard, Portarse mal., pg. 196.

18) Ariely, Dan, Las trampas ..., p. 196.

19) Ariely, Dan, Las trampas ..., p. 203.

20) Ariely, Dan, Las trampas ..., p. 205.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 12 DE OCTUBRE DE 2021

:
Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.12, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.260, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.265 al 278, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1716, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1717, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.52*

Actualización en Derecho del Consumidor. Guía práctica de la Resolución N° 271/2020 de la Secretaría de Comercio Interior: publicación de contratos y botón de baja
CRUZ MATTERI, JUAN IGNACIO|PACEVICIUS, VICTORIA SOFÍA
Publicación: www.saij.gob.ar, 29 DE OCTUBRE DE 2021

TEMA

CONTRATOS DE CONSUMO-RELACION DE CONSUMO-CONTRATOS DE ADHESION-PROVEEDOR DE BIENES Y SERVICIOS-DEBER DE INFORMACION-CONSUMIDORES-DERECOS DEL CONSUMIDOR-DERECHO A LA INFORMACION-BOTON DE BAJA-BOTON DE ARREPENTIMIENTO

TEXTO

"Nada es más difícil, y por lo tanto más precioso, que poder decidir" Napoleón Bonaparte (3).

I. Proemio.

El día 08 de septiembre del año 2020 se publicó en el Boletín Oficial la Resolución N° 271/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo. Dicha resolución refleja la necesidad imperiosa de dar un traslado claro de la información, en manos del proveedor, al consumidor.

Como se indicó en el XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, realizado en Bahía Blanca en el año 2018 "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 proveedores" (4). Vemos así que resulta necesario que el Estado regule activamente los derechos de los consumidores.

En pos de esta finalidad, la tarea es encomendada a la Autoridad de Aplicación. Esta debe dictar medidas concretas, como la resolución en análisis. La función de las resoluciones es, ni más ni menos, actualizar la ley N° 24.240 y su incorporación al entramado del Derecho de los Consumidores. Las mismas buscan simplificar la gestión de los trámites que cotidianamente los consumidores realizan, brindando agilidad, celeridad y eficiencia (5).

II. Naturaleza Jurídica.

El "derecho a la información" tiene como fin inmediato menguar el desequilibrio estructural que hay entre proveedor y consumidor. El consumidor se encuentra en una situación de desventaja respecto a los conocimientos, la información y la formación que posee frente al proveedor. En sentido contrario, el proveedor si dispone de toda la información necesaria, del expertise y el know how a la hora de llevar adelante el negocio jurídico.

En la denominada "sociedad de consumo" los consumidores se encuentran en una situación de vulnerabilidad estructural en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios. Es por ello que es necesaria una regulación normativa a fin de disminuir el grado de vulnerabilidad que ostenta la sociedad de consumo.

La obligación de informar no se exige únicamente al momento de la celebración del contrato, sino como sostiene la jurisprudencia "(..)este deber, se impone a todo oferente (proveedor) no sólo en la etapa precontractual y al momento de concretar la celebración del acto de consumo sino que debe ser cumplido durante todo el desarrollo de la relación contractual y aún con posterioridad a su finalización, pues con ello se pretende equilibrar las distancias y desigualdades estructurales propias de las relaciones de consumo, y que se encuentra expresamente previsto por el ordenamiento legal aplicable a la materia (art. 4° de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240)" (6).

Haciendo eco de lo predispuesto en el artículo 42 de nuestra Carta Magna, el Estado debe proveer a la protección de los derechos allí contemplados, como ser la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, como así también resguardar el derecho de los consumidores a recibir una información adecuada y veraz.

El sistema de protección jurídica al consumidor, no solo opera con las normas o reglas generales que persiguen la equidad en el derecho económico, ello por cuanto no impone soluciones concretas a favor del consumidor, sino remedios genéricos que quedan sujetos a las distintas interpretaciones y aplicaciones de los diferentes administradores de justicia. Estas reglas genéricas que operan de forma complementaria, necesariamente deben integrarse con el sistema especial de protección(7).

El derecho a la información encuentra su correlato en el artículo 4 de la Ley N° 24.240, donde establece 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". Persigue la búsqueda de la voluntad real, consciente e informada del consumidor respecto a las ventajas y desventajas del servicio que contrata o que se le presta. Obligación impuesta como modo de equilibrar la relación prestador de bienes y servicios - consumidor(8).

En el orden internacional el derecho del consumidor a recibir una información adecuada (circunstancia que le permite realizar elecciones bien fundadas) fue explícitamente consagrado por las Directrices sobre protección del consumidor, aprobadas en el año 1985 por Naciones Unidas (art. 3 °, inc. C)(9).

III. Objeto de su regulación.

A la hora de brindar información al consumidor, la Resolución N° 271/2020 hace hincapié en dos puntos. Por un lado, la publicación de los contratos de adhesión, contemplando lo predispuesto en el artículo 38 de la Ley N° 24.240; y, por otro lado, ampliar las actividades contempladas en la Resolución N° 316/2018 y establecer parámetros objetivos a fin de simplificar la gestión de los trámites que, cotidianamente, deben realizar las y los consumidores, brindando agilidad, celeridad y eficiencia.

Es necesario advertir el contexto en el cual tuvo origen la resolución en análisis. La misma fue dictada en plena Pandemia, declarada por la OMS, por consecuencia de la propagación mundial del COVID-19. Dentro de esta pandemia, donde la mayoría de la población se encontraba aislada en sus hogares, fueron cambiando sus costumbres de consumo. Las transacciones que realizaba el consumidor argentino pasaron de ser in situ a celebrarse a distancia (Ej: Tomas y Federico concurrían los martes a comprar madera y alimentos a El Brujo SRL, con la pandemia esto se transformó a compras virtuales a la distancia vía plataformas web, apps o mailing). Así, el consumo, en virtud del aislamiento, se concretaba a distancia, multiplicándose de forma exponencial las transacciones por medios electrónicos(10). Esto llevó a un aumento del 128% respecto al año 2019 en reclamos por compras realizadas a la distancia, conforme surge de los datos estadísticos publicados en el sitio web de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor(11).

Dentro de este contexto el Estado Argentino se vio en la necesidad de regular las cuestiones contempladas en la Resolución que pasaremos a desglosar.

1) I.- Obligación de publicar los Contratos de Adhesión.

ARTÍCULO 1°. - Hágase saber a los sujetos alcanzados por el Artículo 38 de la Ley N° 24.240, conforme la medida allí establecida, que deberán ser publicados todos los ejemplares de los contratos de adhesión, así como toda otra condición general y particular de adhesión predispuesta, mediante las que se instrumenten derechos y obligaciones vigentes con sus consumidores y/o usuarios, y también las dirigidas a potenciales consumidores indeterminados.

El mencionado artículo tiene como objetivo reglamentar lo contemplado en el artículo 38 de la Ley N° 24.240, el cual establece que "(...) Todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública y privada, que presten servicios o comercialicen bienes a consumidores o usuarios mediante la celebración de contratos de adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir(...)". Sin embargo, la Resolución agrega como novedad que también deberá publicarse, no solo el contrato, sino "(...) toda otra condición general y particular de adhesión predispuesta,

mediante las que se instrumenten derechos y obligaciones vigentes con sus consumidores y/o usuarios, y también las dirigidas a potenciales consumidores indeterminados".

No solo incorpora la publicación de todas las condiciones generales o particulares, sino que además contempla la situación de la información destinada a los "potenciales consumidores", es decir, abarca a los consumidores expuestos, categoría de consumidor contemplado en el art. 1096 del Código Civil y Comercial de la Nación. Lo que se pretende con esta incorporación, es resguardar y asegurar las consecuencias de la introducción de bienes o servicios en el mercado y en la sociedad, para garantizar lo amparado en el art. 42 de la Constitución Nacional(12). Los consumidores equiparados constituyen una relación de consumo limitada, pero con plena garantía de todas las tutelas del derecho del consumo propiamente dichas, encontrándose dentro de ellas, el derecho a la "información"(13).

Stiglitz y Hernández nos enseñan que el presupuesto básico o esencial del deber de información se halla constituido por la circunstancia de que una de las partes -consecuentemente el obligado a informar- disponga de una información de la que la otra parte carece, ya que la falta de información atenta contra la capacidad de hacer una elección racional(14). En la práctica el obligado a informar, en todas las etapas contractuales, es el proveedor y el profano, acreedor de esa información, es el consumidor. La publicación de los contratos de adhesión busca garantizar que el consumidor disponga, oportunamente, de todos los elementos que le permitan dar su consentimiento(15), sin ser inducido al error por omisiones o informaciones falsas o confusas(16).

Hoy por hoy la gran mayoría de los contratos suscriptos por consumidores son contratos de adhesión. Estos son acuerdos con cláusulas predispuestas por los proveedores, sin posibilidad alguna que se puedan negociar las cláusulas allí establecidas, quedando ostensible la vulnerabilidad estructural(17) del público consumidor(18). Existe voluntad por parte del adherente de realizar el negocio jurídico, pero no existe libertad en cuanto a la configuración del contenido del contrato, por lo que debe tomar o dejar las cláusulas pre redactadas sin poder modificarlas(19).

Esta obligación de informar la vemos reflejada en las últimas multas dispuestas por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo. A modo de ejemplo: 20/09/2021 Multa impuesta a Bosan SA Violación Art. 4, 8 y 34 Incumplimiento de la obligación de informar en la página datos obligatorios (del proveedor, de devolución y reembolso), por no informar nombre, domicilio y CUIT del oferente, y por no tener el botón de arrepentimiento conforme la normativa. Sanción \$3.000.000; 20/09/2021 Multa impuesta a Banco de Galicia y Buenos Ayres SAU por Violación Art. 4, 5, 8, incumplimiento de la obligación de informar, de la obligación de seguridad del servicio bancario, por no garantizar condiciones de atención y trato digno y por no prestar el servicio conforme fue convenido. Sanción \$4.000.000; 19/08/2021 Chevrolet SA de ahorro para fines determinados. Violación Art. 4, 34, 37 y 38. Incumplimiento de la publicación en el sitio web de los contratos de adhesión como establece la normativa, del botón de arrepentimiento, por no informar en la página datos obligatorios ni el diferimiento de pagos tal como fue aprobado por la IGJ y por contener una cláusula abusiva (prorroga de jurisdicción) Sanción \$4.000.000, entre otras(20).

1) II. - Parámetros objetivos. ARTÍCULOS 2, 3, 4 Y 5:

En la Resolución de estudio se plantean parámetros objetivos a la forma de publicación de los contratos. Ello obedece al fin de simplificar la búsqueda por parte de los consumidores. Los contratos deben ser publicados en la página de inicio de los sitios de Internet institucionales, discriminados según las variantes del producto y/o servicio que comercialicen. Y las promociones y bonificaciones deben ser informadas del mismo modo, con indicación precisa de las fechas de comienzo y de finalización, así como sus modalidades, condiciones y limitaciones(21).

Notar que se deberá utilizar un único hipervínculo para dar cumplimiento a esta exigencia, en la medida en que la información que se provea forme parte de las páginas oficiales del proveedor. Es decir, no debe remitir a otros sitios o documentos para el acceso a ellos.

En caso que los consumidores tengan un acceso particular o un usuario registrado en la página web del proveedor, deberán poner a disposición el

contrato suscripto por entre las partes y las ofertas o promociones especiales que se hubieran ofertado y pactado.

Por otra parte, el proveedor tiene la obligación de dar a conocer a los consumidores que tienen a su disposición estos contratos. En este punto entendemos que deberán ser publicados en el sitio web de acceso, como también hacer mención en los mails de ofertas o información (mailing) que sean emitidos por los proveedores.

Finalmente, la resolución ordena que todos estos contratos y condiciones, deben exhibirse bajo el nombre de "Contratos de adhesión - Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor".

2) Botón de Baja.

I.- Antecedentes.

La ex Secretaría de Comercio del entonces Ministerio de Producción incorporó mediante la Resolución N°316/2018, a los proveedores de determinados servicios, la obligación de publicar en sus páginas web un "link" a través del cual los consumidores pudieran solicitar la baja del servicio contratado.

Esta resolución surgió con el objeto de regular el artículo 10 ter de la Ley de Defensa del Consumidor, el cual establece "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 (...)".

Los proveedores comprendidos en la Resolución N° 316 eran únicamente aquellos que ofrecían servicios de telefonía fija, móvil, de acceso a internet y servicios de radiodifusión por suscripción. Luego, en el año 2019, mediante la Disposición N°472/2019 de la ex Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, se incorporó a esta obligación a los servicios de medicina prepaga.

Teniendo como antecedentes las normativas comentadas, la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo, decidió en fecha 08 de septiembre 2020, a través de la Resolución en análisis, incorporar nuevos proveedores alcanzados por esta obligación, a saber: Servicios de Suscripción a Diarios o Revistas en soporte papel o digital; - Servicios de Suscripción a Bases de Datos. - Servicios de Asistencia al Viajero; - Servicios de Emergencias Médicas y/o Traslados Sanitarios de Personas; - Servicios de Suscripción a Clubes y/o Gimnasios; - Contrato de Emisión de Tarjetas de Crédito por Emisores No Bancarios; - Suscripción a Donaciones Periódicas con Débito Automático a Asociaciones Civiles. Como así también, establecer parámetros objetivos a la hora de implementar el mencionado "link" de acceso.

Asimismo, deviene necesario comentar que con posterioridad a esta Resolución se emitieron las Disposiciones Nrs. 184/2020, 357/2021 y 745/2021, mediante las cuales se ampliaron los proveedores alcanzados al cumplimiento de este deber, a saber: -Servicios de Empresas de Seguridad y Alarmas; -Suscripción a Donaciones Periódicas con Débito Automático a Organizaciones No Gubernamentales y Entidades de Bien Público; - Suscripción a Donaciones Periódicas con Débito Automático a Fundaciones; -Servicios de suscripción a contratos de ahorro previo; - Servicios de seguros; - Servicios turísticos de tiempo compartido; - Servicios de suscripción a streaming o de distribución digital de contenido multimedia; Servicios de geolocalización y Servicios de suscripción a alimentos y bebidas.

II.- Parámetros objetivos (Artículos 6, 7, 8 y 9).

Conforme esta Resolución, el "link" deberá llevar el nombre de "Botón de Baja", y deberá ocupar un lugar destacado, en visibilidad y tamaño, en la página de inicio de los sitios de Internet de los proveedores.

Ahora bien (Cuáles son los efectos inmediatos a su uso? Una vez utilizado por el consumidor, el proveedor no podrá requerirle registración previa ni ningún otro trámite. Todo tipo de accionar similar será reputado como acción dilatoria tendiente a entorpecer el derecho del consumidor. Constituye esto una práctica abusiva, pasible de ser merecedor de multas por la autoridad de aplicación y daño punitivo en sede judicial.

III.-Diferencias entre botón de baja y botón de arrepentimiento.

Las diferencias entre ambos serán demarcadas por su fin y por sus efectos. En relación a los fines, el botón de baja, será utilizado para la rescisión de contratos de tracto sucesivo celebrados por el consumidor; en cambio el botón de arrepentimiento tendrá como finalidad la revocación del consentimiento(22) del consumidor en los contratos de consumo celebrados conforme al Art. 1110 y ss del Código Civil y Comercial. En lo que son efectos, el botón de baja extingue el contrato, ya que opera un acto jurídico extintivo y el botón de arrepentimiento tiene como efecto notificar de forma fehaciente al proveedor la manifestación unilateral por parte del consumidor, lo cual lleva a la ineficacia del vínculo jurídico.

IV.- Limitaciones.

El botón de baja no está limitado a las operaciones de consumo realizadas a distancia, sino que abarca a todo tipo de contrato ya sea celebrado indoors, dentro del establecimiento del proveedor o outdoors fuera del establecimiento de éste o por un contrato a distancia.

El botón de arrepentimiento está limitado a contratos celebrados a distancia, Art. 1109 del C.C.Y.C, y a las excepciones del art. 1116 del mismo.

IV. Incumplimiento y multas. De su fijación.

ARTÍCULO 8º.- El incumplimiento a lo establecido en la presente resolución será sancionado conforme las previsiones de la Ley N° 24.240.

Los proveedores que se encuentren en infracción serán pasibles de las sanciones previstas en el artículo 47 de la L.D.C, las que se gradúan según las circunstancias del caso, de conformidad con lo previsto en el Artículo 49.

Al graduar la multa 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.

Para ser pasible de una multa por la autoridad de aplicación no se requiere un daño concreto, sino simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la ley, por ello, su apreciación es objetiva y se configura por la simple omisión, que como regla basta por sí misma para tener por verificada la violación de las respectivas normas(23).

Asimismo, como se sostiene en diversas disposiciones de multas efectuadas por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, y siguiendo el criterio sostenido en el fallo "OSDE c/ Disp. N° 50/13 DNCI", de fecha 21/03/2014(Cámara Federal de San Martín, Sala I,) la Autoridad de aplicación cuenta con facultades discrecionales que posibilitan la elección del monto de la sanción, entre varias alternativas predeterminadas por el sistema jurídico, siendo ese marco más o menos amplio, pero que tiene como todo obrar administrativo, inevitablemente, el límite de la razonabilidad.

V. Epilogo.

Lograr la mayor protección posible a la parte más débil de la relación jurídica, recomponer el equilibrio negocial y reducir al máximo posible la brecha estructural entre proveedores y consumidores es el principal objetivo de esta Resolución.

Y volviendo sobre las palabras del Gran Corso, un gran conocedor del valor de la información, y a modo de ejemplo solo recordemos la Farsa de Bayona en 1808. Tanto en el campo de batalla, en el planteo de una estrategia procesal, como en la discusión de términos y alcances de una relación contractual, nada es más precioso que estar bien informado y así poder, decidir bien.

Notas al pie:

1) Juan Ignacio Cruz Matteri, Abogado. Especialista en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Secretario Académico del Colegio de Abogados Zarate Campana. Profesor en Derecho Civil y Derecho de los Contratos en la Universidad de Buenos Aires. Profesor en Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Premio Mejor Joven Profesional de la Pcia de Bs As otorgado por Colproba (2017). Arbitro Institucional en el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo.

- 2) Victoria Sofía Pacevicius, Abogada con orientación en Derecho Privado y Derecho Notarial. Facultad de Derecho. UBA.
- 3) (1769-1821) Bonaparte, Napoleón. Emperador de los franceses. Copríncipe de Andorra. Rey de Italia. Protector de la Confederación del Rin.
- 4) La obligación general de informar en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Lorena V. Bianchi. Comentarios al Anteproyecto de la Ley de Defensa al Consumidor. Homenaje a Rubén S. Stiglitz. Thomson Reuters, La Ley. Buenos Aires, 2019.
- 5) DISPOSICION EX-2021-07180911- -APN-DGD#MDP.
- 6) "Gutierrez, Esteban Rene Sebastián c/. SONY ERICSSON MOBILE INTERNATIONAL COMMUNICATIONS AB - SUC. ARCE. - Acciones Ley de Defensa del Consumidor". Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala 3° de la Provincia de Salta. 05/02/2020.
- 7) Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos A. (Dir) Tratado de Derecho del Consumidor Tomo I. Parte General Relaciones de consumo Prácticas comerciales I.6 - Evolución del Derecho del Consumidor en Argentina Expte. N° 573.088-16 - "Gutiérrez, Esteban Rene Sebastián c/ Sony Ericsson Mobile International Communications Ab - Suc. Arce. - Acciones Ley de Defensa del Consumidor" - CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SALTA - SALA TERCERA - 05/02/2020. Por Gabriel Stiglitz. 2. Normas específicas. Thomson Reuters, La Ley. Buenos Aires, 2015.
- 8) Expte. N° 573.088-16 - "Gutiérrez, Esteban Rene Sebastián c/ Sony Ericsson Mobile International Communications Ab - Suc. Arce. - Acciones Ley de Defensa del Consumidor" - CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SALTA - SALA TERCERA - 05/02/2020.
- 9) Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos A. (Dir) Tratado de Derecho del Consumidor. Tomo I. Parte General Relaciones de consumo Prácticas comerciales. IV.2 - Los derechos de los consumidores en la Constitución Nacional. Por Gabriel Stiglitz. IV. Derecho a la información, Thomson Reuters, La Ley. Buenos Aires, 2015.
- 10) El Economista. La facturación por comercio electrónico creció 124% en Argentina durante 2020. <https://cutt.ly/NElVBft>.
- 11) https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_de_reclamos_-_2020.pdf.
- 12) Lopez Mesa, Marcelo. Barreira Delfino, Eduardo (Dir) Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Tomo 7°. Primera Edición. Editorial Hammurabi Buenos Aires 2016 Página 567.
- 13) Lopez Mesa, Marcelo. Barreira Delfino, Eduardo (Dir) Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Tomo 7°. Primera Edición. Editorial Hammurabi Buenos Aires 2016 Página 569 y ss.
- 14) Picod, Y., "L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat", La Semaine Juridique, nro. 3318, doctrine (1988), nro. 16; Santaella López, M., "Los derechos de información y expresión de consumidores y usuarios", Documentación Jurídica, abril-junio, 1978, Madrid, p. 63; Ghestin, J., op. cit., nro. 487, p. 536. Cit en Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos A. (Dir) Ob cit Tomo I Cap IX Pto IV.
- 15) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata - Sala III J., A. A. c. BHN Vida S.A. y otro s/cumplimiento de contrato El Derecho - Diario, Tomo 291 Cita Digital:ED-MCCXLVII-764.
- 16) Quaglia - Raschetti, "La obligación de informar en el ámbito de las relaciones del consumo. Alcances y extensión (ámbito objetivo y subjetivo)", SJA 20/05/2020, 15 JA 2020-II; Shina, Fernando, "Los contratos de adhesión en el Código Civil y Comercial", RCCyC 2018 (septiembre), 163).
- 17) N.A Ver Cabrillac, Rémy. (2016). El nuevo derecho francés de los contratos. THEMIS Revista De Derecho, (70), 59-66. "El Código Civil Francés, inspirado por el derecho del consumidor, propone una definición general de la cláusula abusiva, que puede aplicarse más allá de las relaciones entre consumidor y profesional. El artículo 1171 establece que, en los contratos de adhesión, la cláusula de adhesión crea un desequilibrio considerable en los derechos y las obligaciones de las partes, por lo que puede ser suprimida a petición de la parte que es víctima de este desequilibrio. Como muestra, es considerada como abusiva, en un contrato de consumo, la cláusula por la cual el profesional limita o excluye su responsabilidad en caso de que el producto tenga un vicio. Puede pensarse que esta cláusula que excluye o limita la responsabilidad podría ser considerada como abusiva no solo en los contratos de consumo, sino en todos los contratos".
- 18) Barocelli, Sebastián. El principio de vulnerabilidad agravada en el

Proyecto de Nueva Ley de Defensa del Consumidor de Argentina. IJ EDITORES. Revista Iberoamericana de Derecho Privado - Número 10 - Noviembre 2019 - Personas Vulnerables 26-11-2019. Cita IJ-DCCCLXII-990.

19) Tambussi, Carlos E. (Dir) Ley de Defensa del Consumidor. Comentada. Anotada. Concordada Segunda Edición. Pág 266. Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2019.

20) N.A Para una mayor información ingresar al sitio <https://www.argentina.gob.ar/produccion/defensadelconsumidor/multas> donde se encuentran enumeradas el historial de multas impuestas por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor.

21) Art 7 LDC "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. La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esta ley".

22) N.A Decimos revocación de consentimiento porque el contrato entre el consumidor y el proveedor ya ha sido celebrado, produciendo efectos entre las partes. Hablar de una "revocación de la aceptación" nos traslada a una fase pre contractual, la cual no creemos que se aplique a este cuadro. En este mismo sentido ver Stiglitz, Ruben S. Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Tomo II. 3° Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires Editorial La Ley 2015 pg 215 y ss.

23) DISPOSICION EX-2020-56478150- -APN-DGD#MDP.

RESOLUCION 271/2020.

RESOLUCION 316/2018

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 29 DE OCTUBRE DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1096, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1109, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1110, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1116, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.38, Ley 24.240 Art.47, Ley 24.240 Art.49, Ley 24.240*

Aplicación de principios protectorios del derecho del consumo en un caso judicial

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 30 DE JUNIO DE 2021

TEMA

JUICIO EJECUTIVO-PAGARE-RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-IN DUBIO PRO CONSUMIDOR-CONFLICTO DE LEYES

TEXTO

Resumen. La jurística, en tanto ciencia del derecho básica, provee esquemas que, al interpretarse -en sentido epistemológico- sobre su objeto de estudio, pueden derivar en modelos que justifiquen su aplicación a los institutos jurídicos a que se refieren. Presento un caso judicial en el que cobran vida algunos principios que rigen el derecho del consumo.

En autos "CREDIAR S.A. C/ ZARATE, CARLOS ARIEL S/EJECUTIVO", con fecha 09/08/2019, la SALA PRIMERA de la CAMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL de Resistencia, Chaco, dicta sentencia definitiva en causa en la que se persigue el cobro ejecutivo de pagarés librados en el marco de una relación de consumo. El tribunal confirma la sentencia de grado que rechazara la demanda ejecutiva sobre la base de la nulidad prevista en el art. 36 Ley 24.240 y mod. -LDC- (ref. "inhabilidad de título").

Reconocida la existencia de una relación de consumo subyacente, se impone el encuadre de la causa en "el régimen tuitivo del derecho del consumidor", sostiene el 'ad quem'; la circunstancia que el consumidor haya librado pagarés a favor del proveedor, "tendientes a cubrir operaciones financieras y de crédito para consumo", siendo una práctica común, reporta ventajas para éste, "en virtud de las características limitativas que emanan de las normativas específicas y en desmedro de los recaudos exigidos por el régimen consumeril", pero "habilita al demandado -consumidor- a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas". En efecto, el mencionado art. 36, LDC, dispone que "en las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad:... Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario".

Cita, la Sala juzgadora, la resolución del Superior Tribunal de Justicia provincial chaqueño, según la cual: "cuando la norma consumerista entra en colisión con otras, la tarea interpretativa debe ser integradora y priorizar aquella que sea más eficiente a la protección del consumidor...que se encuentra en una situación de vulnerabilidad estructural respecto del proveedor." (Sent. N° 391/18 de fecha 03/09/18). Ello así ya que, dados "dos órdenes normativos que se contraponen entre sí...á] el Derecho del Consumidor...art. 42 de nuestra Carta Magna... Ley de Defensa del Consumidor como así también... Código Civil y Comercial de la Nación en sus arts. 1092 a 1122; b] el Derecho Cambiario (Dto.-Ley N° 5965/63 y concordantes)...no cabe dudas de la preeminencia que le corresponde a la normativa protectoria del derecho del consumidor, debiendo aplicarse...el art. 36 de la Ley 24.240", puesto que "si bien la autonomía del título de crédito limita el marco cognoscitivo en oportunidad de promoverse su ejecución, cuando se trata de una relación de consumo...una interpretación congruente entre la norma adjetiva vigente y el sistema tuitivo y de orden público del Derecho del Consumidor, propicia la viabilidad de indagar en los procesos ejecutivos los aspectos causales de la obligación, criterio sostenido" por jurisprudencia que cita el fallo. De modo que "aunque el pagaré que diera origen a la...ejecución reúna las condiciones previstas en el Dto.-Ley N° 5965/63, a los fines de que la misma proceda deben encontrarse cumplimentados los recaudos previstos por la LDC" (cita art. 36 de la misma).

Las transcripciones que anteceden reflejan, cabalmente, el criterio del

tribunal 'ad quem' acerca del 'carácter tuitivo' del derecho del consumo y su aplicación al sub-examen.

No obstante, la cita central de la decisión judicial en comentario, que me permito hacer, es la siguiente: "el apego a las normas 'de fondo' y 'de forma' que regulan los títulos de crédito...no puede operar en desmedro de los derechos fundamentales de consumidores y usuarios (art. 42, Cons. Nac., cit.), los que, en virtud del empleo inconsulto -o, al menos, inevitable para el consumidor- de tales documentos, por parte de proveedores y prestadores, lesiona Principios básicos del derecho del consumo, como son, p. ej., el 'pro consumidor', el de la 'primacía de la realidad económica o negocial', o el de 'buena fe-transparencia' (CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte" 25/10/2013, www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF130328)". En el trabajo citado por el tribunal, en efecto, refiero los tres principios que menciona el mismo, a los que debería agregarse, según entiendo, el principio "de comunicabilidad". El 'carácter tuitivo' genérico del derecho del consumo, derivado de la relación 'asimétrica' entre proveedores y consumidores y la necesidad jurídica de 'recomponerla equilibradamente' comprende, en primer lugar, el reconocimiento de los 'derechos primarios, sustanciales e instrumentales' de los sujetos en posición desfavorecida dentro de la 'estructura de consumo' (constituida por: el mercado, los bienes y servicios, la cadena -o red- de provisión, el consumo, las relaciones -y situaciones- de consumo, las operaciones de provisión, los proveedores/prestadores y los consumidores/usuarios -CONDOMÍ, 20/10/2011-). La protección aludida se particulariza en algunos principios rectores, entre ellos: el principio "madre" 'pro consummatore', el principio de 'primacía de la realidad económica -condicionada-', el principio de la buena fe-transparencia', y el principio de 'comunicabilidad'.) El principio genérico 'pro consummatore' comprende: el 'favor debilis', el 'in dubio pro debitoris', y el 'in dubio pro consummatore' (CONDOMÍ, 20/10/2011 y 25/10/2013, cit.); agrego, el principio de 'comunicabilidad', dada la expansión de los documentos promisorios de pago utilizados en el mercado financiero aun en materia de consumo, en atención al "empleo inconsulto -o, al menos, inevitable para el consumidor- de tales documentos", según se ha señalado, aunque sin referirse expresamente a este principio. La realidad económica subyacente se observa en esta cita: "si la indagación causal fue admitida para determinar el juez competente, con más razón ello es de significación para controlar el cumplimiento de los requisitos de fondo previstos en el art. 36 LDC (arts. 42 de la Constitución Nacional, arts. 1, 2, 3, 4, 36, 65 de la Ley 24.240, texto según leyes 26.361 y 26.994 art. 1092 ss. y cdtes. del Código Civil y Comercial). Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, fallo plenario; ref.: "HSBC BANK ARGENTINA C/ PARDO CRISTIAN DANIEL S/ COBRO EJECUTIVO", Causa N 1-61380-2016, 09/03/2.017"; el carácter, "condicionado" según este principio radica, precisamente, en el conjunto de formalidades "negociales" exigidas por el mencionado art. 36, LCD, 'en favor' de la parte "débil" de la relación consumista, "que tienden a proteger al consumidor/usuario de eventuales abusos del empresario" (CONDOMÍ, 25/10/2013, cit.). Dicho sea de paso, el enunciado contenido en el mencionado art. 36, LDC, constituye una 'norma' en sentido pleno, pues, no sólo califica deónticamente la conducta del proveedor/prestador determinando 'obligaciones' a su cargo, sino que, además, establece un 'acto coactivo' para el caso de incumplimiento; de tal modo, la disposición legal cumple ciertos estándares exigidos por calificados juristas (ALCHOURRON-BULYGIN -ref. Hans KELSEN-; 1993. Acerca de la 'nulidad' como "sanción" en derecho civil, vid. ARAUZ CASTEX, 1965).

Como se ve, el tribunal interpreta epistemológicamente un esquema jurídico, técnico-conceptual, compuesto de diversos principios (teórico-normativos) propios del derecho tuitivo del consumo -indicados 'supra'-, que deviene en modelo aplicable al caso sub-lite, según invocación expresa del 'ad quem': los principios aludidos, se 'concretan' en el caso, adquieren referencia 'semántica' en las circunstancias del caso (se hacen "de carne y hueso, en forma sustancial", dirían KLIMOVSKY y BOIDO -2005-). (Como referencia, puede consultarse una interpretación semántica de un esquema jurídico, técnico-conceptual, devenido en modelo aplicable a un supuesto empírico en: CONDOMÍ, 05/05/2020).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 30 DE JUNIO DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1092 al 1122, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Decreto Ley 5.965/63, Ley 24.240 Art.1 al 4, Ley 24.240 Art.36, Ley 24.240 Art.65, LEY 26.361*
Ref. Jurisprudenciales: "Crediar S.A. c/ Zarate, Carlos Ariel s/ ejecutivo", CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, RESISTENCIA, CHACO, Sala 01, 09/08/2019

REF. BIBLIOGRAFICAS

-ALCHOURRON, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales"; Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.

-ARAUZ CASTEX, MANUEL; "Derecho Civil -Parte General-"; Tomo II, Empresa Tecnicojurídica Argentina, Buenos Aires, 1965.

-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -primeras aproximaciones-"; 20/10/2011; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF110174.

-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte" 25/10/2013, www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF130328.

-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Condicionamientos e impactos en la normativa de emergencia en tiempos de pandemia"; 05/05/2020; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF200084.

-KLIMOVSKY, GREGORIO y BOIDO, GUILLERMO; "Las desventuras del conocimiento matemático -Filosofía de la matemática: una introducción-"; a-Z editora, Buenos Aires, 2005.

Integración de las normas incompletas o no independientes de Kelsen

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 4 DE AGOSTO DE 2021

TEMA

NORMA JURIDICA-JERARQUIA DE LAS LEYES-TEORIA GENERAL DEL DERECHO-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Resumen. Las "normas incompletas" o "no independientes" que Hans Kelsen conecta a normas "jurídicas" en sentido estricto -que son las que prevén sanciones-, han sido objeto de debate doctrinario al que nos referimos brevemente en este trabajo, procurando aportar un punto de vista integrador.

Propongo comenzar estas breves reflexiones recordando dos 'fases' de un orden jurídico-normativo positivo, a saber: 1) una fase 'directiva', en cuya virtud se determinan 'deberes' a cargo de sus destinatarios; 2) una fase 'coactiva', en la que se establecen las 'sanciones' para los supuestos de incumplimiento de tales deberes (SAMPAY, 1975). (Podríamos agregar una fase meramente 'dispositiva', según la cual ni se califica deónticamente conducta alguna ni se prevén sanciones; HART -1963-, p. ej., trascendiendo su "modelo simple original" de "órdenes coercitivos", se refiere a "la diversidad de normas jurídicas" que pueden integrar un orden positivo, en el sentido que "no todas las normas ordenan hacer o no hacer algo" -y, por cierto, no todas imponen sanciones-.) La fase directiva se manifiesta en enunciados que 'modalizan deónticamente' ciertas conductas con relevancia jurídica; así, ALCHOURRÓN y BULYGIN (1993), indican que una 'norma jurídica' (general) enlaza un 'caso' (genérico) con una 'solución' (deóntica). A su turno, la fase coactiva prevé 'consecuencias coercitivas' para quienes desacatan los deberes de su incumbencia; ésta última es la que, según KELSEN (1971), caracteriza al derecho 'objetivo' (positivo), precisamente, como 'orden coactivo'. No obstante, es evidente que, en general, los órdenes jurídicos positivos, si bien se componen de enunciados 'con relevancia normativa' -de otro modo, estarían "fuera de lugar" en el contexto-, algunos de ellos no implican imposición de sanciones (los enunciados deónticos "estrictos", digamos), mientras que otros ni siquiera califican deónticamente conducta alguna (definiciones y postulados de significación) -ALCHOURRÓN-BULYGIN, op. cit.-, es posible en tal sentido referirse, tal vez, a enunciados de derecho (loc. cit.) 'coactivos', 'deónticos' y 'de mera relevancia normativa', según que prevean sanciones, modalicen conductas o, simplemente, definan o postulen significados determinados de términos o expresiones aludidas en el texto normativo.

KELSEN, en la edición 1ª. de su "Teoría pura" (cit.), expone el criterio que sustenta, en estos términos: "para que una norma pertenezca a la esfera del derecho, es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción" (nuestro "enunciado coactivo"), aunque observa que "una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada" ("nuestro enunciado deóntico"), "pero - agrega- esto no es indispensable" (el caso de las normas penales que, en general, "se limitan a definir los diversos crímenes y delitos nuestros "enunciados de mera relevancia normativa"] y a indicar las penas que son la consecuencia". Nuestro autor denominaba "norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción" y "norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción". En suma: en esta primera versión, para KELSEN, una ley que prescribe una conducta como debida, pero no prevé sanción alguna para el supuesto de violación de dicho deber, "no puede considerarse...como una norma jurídica"; en todo caso, estaríamos en presencia de una "norma incompleta" que 'debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica'.

A su turno, nuestro autor (1950) afirma que "una norma...es jurídica en cuanto establece ella misma una sanción...todas las normas de un orden jurídico son normas coactivas, esto es, normas que establecen sanciones",

aunque admite que "las normas] de la Constitución son frecuentemente señaladas como normas jurídicas, aun cuando no establezcan sanciones", siendo que "la 'coacción' en el sentido...definido es un elemento esencial al derecho, entonces las normas que forman un orden jurídico tienen que ser normas que establecen actos coercitivos, es decir: sanciones"; aunque, reconoce KELSEN que "los diferentes elementos de una norma pueden quedar contenidos en muy diversos productos del proceso legislativo y expresarse lingüísticamente de maneras muy diversas". Asimismo, al referirse a la "naturaleza" del derecho constitucional, asevera que el mismo constituye "derecho" únicamente por su "conexión orgánica" con las normas "sancionadoras" dictadas conforme a la constitución; de tal modo, las disposiciones constitucionales, "en una exposición estática del derecho" se proyectan, "como partes" en las normas inferiores del orden jurídico, es decir, representan una de las 'condiciones' de la aplicación de las sanciones previstas en la norma general respectiva: de ahí que la normativa constitucional, en principio, no resulte completa e independiente (op. cit.).

A su vez, en la edición 2ª de su "Teoría pura" (cit.), se refiere KELSEN a ciertas normas 'no independientes' -que suelen invocarse "contra la definición de derecho como orden coactivo"- las que, si bien no disponen sanción alguna, están "en relación esencial" con una norma "coactiva", citando enunciados que "permiten cierta conducta, o facultan" (téngase presente que KELSEN -1969- incluye las normas permisivas y las que autorizan o facultan en la categoría genérica de "deber": "debido" no quiere decir únicamente ordenado. También puede querer decir positivamente permitido o autorizado'; loc. cit.); u "ordenan cierta conducta...sin enlazar a la conducta contraria, como condición, un acto coactivo como consecuencia"; o, en fin, normas coactivas que, incumplidas, no son garantizadas por "otras que funcionen como sanciones" (que llevaría, en última instancia, a una suerte de 'progressio ad infinitum'); o sea: las normas "no independientes" necesitan, para su "juridicidad", de otras normas "independientes" (sancionadoras) con las que tienen una "conexión esencial -u orgánica-". Sostienen ALCHOURRÓN y BULYGIN, op. cit., que el pasaje conceptual de la norma "incompleta" a la norma "no independiente", significa el tránsito de "fragmentos de normas" (normas incompletas) a "entidades distintas de las normas jurídicas propiamente dichas" -que prevén sanciones-, pero "normas" al fin (aunque "no independientes"). Según estos autores, la norma "incompleta" de KELSEN no permite determinar con cuáles otras disposiciones del sistema se "completaría" la misma; en tanto que, la norma "no independiente", impide identificar características comunes "a todas y cada una de las normas" del sistema y, con ello, definir al orden jurídico a partir de tales características, distintas para las múltiples "normas" que lo integran.

Así las cosas, propongo investigar si las inquietudes demostradas por KELSEN -resueltas por él como se expuso, aunque criticadas por ALCHOURRÓN y BULYGIN, como se vio- no conservan vigencia y, en qué medida pueden integrarse sistémicamente en un orden jurídico determinado. Veamos.

KELSEN define "derecho" (objetivo) como un "conjunto o sistema de normas (jurídicas)"; de este modo, definiendo qué cosa sea una "norma" (jurídica) quedará definido, por consecuencia, el derecho en tanto orden jurídico; en este sentido, una norma jurídica 'primaria' (una norma propiamente 'jurídica', diríamos) sería aquella que define la conducta que constituye la condición de una sanción ("Teoría pura", 1ª edición, cit.), en tanto que, la que sólo prescribe "una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción", sería una norma 'secundaria' (loc. cit.); hasta aquí, si se quiere, se delinear las fases "coactiva" y "directiva" a las que nos referimos 'supra'. Pero, sostienen ALCHOURRÓN y BULYGIN (op. cit.), estas referencias, sumadas a los distintos tipos de enunciados que, como normas "no independientes", se caracterizan en la 2ª edición de la "Teoría pura" (cit.), 'supra' reseñadas, desfigurarían la concepción de un sistema normativo concebido como una "unidad" (KELSEN, 1969, cit.) sobre la base de normas de variopinta índole.

Ahora bien, convengamos en que cualquier ordenamiento legal -en sentido lato- alberga enunciados diversos, de características y alcances distintos. Consultemos, a tal efecto, tramos diversos de nuestro propio orden jurídico. A este fin, tomemos como ejemplo la Ley de Defensa del Consumidor (LDC, n° 24.240 y mod.). Así, no hay dudas del carácter netamente 'coactivo' del enunciado contenido en el art. 47, que prevé sanciones alternativas respecto del proveedor/prestador infractor; asimismo, queda clara la índole

'directiva', respecto de proveedores y prestadores, de los enunciados que constan en buena parte del articulado de la ley referida, imponiendo obligaciones (la mayor parte de ellos) o prohibiciones (v. gr., art. 35, ley cit.); también se constata la "naturaleza" meramente 'dispositiva' de otros enunciados (p. ej., arts. 1° y 2°, ley cit., que definen institutos y disponen exclusiones del régimen -"servicios de profesionales liberales..."-; etc.). En estos términos, se verifica la disparidad de modalidades que los enunciados que, en general, calificamos de "normas", ofrecen al operador jurídico. No obstante, la jurística al uso suele afinar técnicamente los conceptos comprometidos en el discurso jurídico, reservando el término 'normas' (propiamente dichas) para enunciados a los que se les atribuye alguna propiedad definitoria en particular, y así distinguirlos de otros de diferente tipo (CONDOMÍ, 16/04/2021). En efecto, como se recordó 'supra', KELSEN reconoce como normas jurídicas, únicamente aquellas que prevean alguna sanción en sentido propio, es decir, como 'reacción' frente a un acto antijurídico, y define al orden jurídico como una pluralidad de normas generales -e individuales- que forman una unidad. ALCHOURRÓN y BULIGYN, por su parte, caracterizan como normas generales a aquellas que relacionan actos genéricos con soluciones también genéricas -de modo tal que, solucionado un caso genérico, queda solucionado todo caso individual comprendido en aquél-, y caracterizan al sistema jurídico como "el sistema normativo que contiene enunciados prescriptivos de sanciones"; de modo tal que, en estos términos, el orden jurídico contiene normas coactivas (plenamente jurídicas, digamos) y "normas" directivas (en principio, "no jurídicas", pero que adquieren carácter jurídico en tanto formen parte de un sistema de dicha índole, o sea, según KELSEN, que también contengan normas coercitivas); todo ello, sin perjuicio de otros enunciados "de mera relevancia normativo-jurídica", por 'conexión' con otras normas y por su 'pertenencia' a un sistema jurídico (p. ej., definiciones legales) -op. cit.-.

Sea como fuere, lo concreto es que todo sistema (o sub-sistema, macro o micro-sistema) presenta una 'estructura' de relaciones establecidas entre sus 'componentes', y el sistema (u orden) normativo-jurídico no es la excepción (CONDOMÍ, loc. cit.); en tal sentido, una ley, un código, un contrato, ofrecen una estructura en cuya virtud se establecen enlaces entre los diversos enunciados que los componen, incluyendo algunos que, aparentemente, "carecen de toda relevancia normativa en general y jurídica en particular" (ALCHOURRÓN-BULIGYN, loc. cit.; asimismo, KELSEN, 1980). Si seguimos el ejemplo de nuestra LDC, cit., a los enunciados directivos, coactivos y dispositivos aludidos 'supra', debería sumarse -ya que no puede ignorarse-, v. gr., la declaración del art. 1° de dicha Ley que consagra el carácter protectorio de la misma. Otro tanto puede referirse de las "declaraciones" (propósitos, motivos) que constan en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional las que, no integrando el articulado de la misma carecen de la "fuerza normativa" que se les reconoce a los enunciados que lo componen, pero -no obstante y sin duda, como lo advierte cualquier operador jurídico- ofrecen claras pautas orientadoras en la labor hermenéutica integral, no sólo del texto constitucional sino del orden jurídico argentino total. En tales términos, entonces, queda claro que, dado que una sola norma -aun "completa" o "independiente"- no resuelve, 'per se', un caso, de un cúmulo normativo determinado el operador de turno seleccionará un (sub)conjunto de enunciados que conformen su 'grupo normativo', por invocación explícita (CONDOMÍ, 22/09/2020), sin perjuicio de aquellos otros enunciados que, implícitamente, resulten de aplicación ('por elipsis') al sub-examen (CONDOMÍ, 15/03/2021), integrándose así el 'campo normativo' que da solución al caso. Y, en esta integración, a los fines "pragmáticos" no será necesario distinguir conceptualmente entre los efectos jurídicos coactivos, directivos o dispositivos de los enunciados implicados, en la medida en que ellos aporten elementos útiles a la resolución del caso, en virtud de su atingencia al mismo y su compatibilidad mutua (con relación a la 'conjugación' de los elementos del grupo normativo, vid.: CONDOMÍ, 22/09/2020, cit.). De modo que, más allá de tales 'refinamientos técnico-jurídicos' respecto de qué cosa sea una norma y si es a partir de ella que puede definirse un orden o sistema jurídico (KELSEN) o, por el contrario, si puede determinarse cuándo un enunciado es normativo, jurídico -o, al menos, con relevancia jurídica- solamente por su pertenencia a un sistema normativo-jurídico (ALCHOURRÓN-BULIGYN), lo cierto es que al operador práctico, ocupado en la resolución concreta de un caso individual, pero también al jurista -cuyas elaboraciones teóricas deberán

redundar en concreciones pragmáticas ("el derecho es una práctica social discursiva", afirman las corrientes del pensamiento crítico en la materia)-, les interesa, en último análisis, cuáles son los enunciados de derecho - estrictamente "normativos" o no- aptos para configurar los esquemas técnicos, eventualmente aplicables por "interpretación", al caso (CONDOMÍ, 13/07/2021). De tal modo, la caracterización de aquellas normas "incompletas" o "no independientes" mentadas, permanece vigente, aunque reformulado en aras de la identidad y la integración de un orden jurídico dado; en todo caso se trataría de un "objeto conceptual o constructo, o término teórico" (CONDOMÍ, 27/08/2020), similar a la "norma fundamental" de Kelsen, o a la "regla de reconocimiento" de HART, al momento de determinar los criterios de validez o fundamentación de un sistema normativo concreto.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 4 DE AGOSTO DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina, Ley 24.240 Art.1, Ley 24.240 Art.2, Ley 24.240 Art.35, Ley 24.240 Art.47, Ley 24.240

REF. BIBLIOGRAFICAS

- ALCHOURRON, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales"; Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "(Qué queda de la "norma fundante básica presupuesta" de KELSEN?"; 27/08/2020; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF200179.
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "El grupo normativo"; 22/09/2020; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF200197.
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; 'Aproximación al concepto de "campo normativo"'; 15 de Marzo de 2021; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF210043.
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Orden y sistema jurídicos"; 16/04/2021; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF210067.
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Esquemas técnicos y sus referentes semánticos en el razonamiento jurídico"; 13/07/2021; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF210129.
- HART, HERBERT L. A.; "El concepto de derecho" -trad. Genaro R. Carrió-; Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- KELSEN, HANS; "Teoría General del Derecho y del Estado" -trad. Eduardo García Maynez-; México, 1950.
- KELSEN, HANS; "El concepto de orden jurídico" -trad. María Isabel Azaretto-, en: 'Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho'; Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.
- KELSEN, HANS; "Teoría pura del derecho" -trad. Moisés Nilve-; Buenos Aires, EUDEBA, 1971.
- KELSEN, HANS; "Teoría pura del derecho" -trad. Roberto Vernengo-; México, UNAM, 1980.
- SAMPAY, ARTURO ENRIQUE; "La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional"; Cooperadora de Derecho y ciencias Sociales; Buenos Aires, 1975.
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "El grupo normativo"; 22/09/2020; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF200197.
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; 'Aproximación al concepto de "campo normativo"'; 15 de Marzo de 2021; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF210043.

Los cargos adicionales al precio y un nuevo análisis de abusividad desde la neurociencia y los sesgos cognitivos

BENGOLEA, ADRIÁN

Publicación: www.saij.gob.ar, 3 DE AGOSTO DE 2021

TEMA

NEUROCIENCIA-RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CLAUSULAS ABUSIVAS-
PRECIO-CARGOS ADICIONALES

TEXTO

1.- Introducción.

A la hora de realizar una contratación de un bien o servicio resulta muy común que los consumidores nos encontremos con gastos o cargos adicionales al precio ofertado públicamente por el proveedor. Estos cargos iniciales adicionales han merecido fuertes críticas, siendo impugnados por abusivos desde la óptica jurídica más tradicional.

El objetivo del presente trabajo es seguir profundizando aquel análisis de abusividad, pero desde la óptica nueva que nos propone el Dr. Fernando Shina en sus trabajos sobre el tema, partiendo del conocimiento que aportan las neurociencias y el descubrimiento de los sesgos cognitivos que nos enseñan que el ser humano está lejos de ser aquel ente racional idealizado que nos enseñaron en las facultades de derecho(2).

2.- Una aproximación al concepto de gastos iniciales: Podría definirse a los gastos iniciales adicionales como aquellos gastos, comisiones, cargos, derechos, etc. que el consumidor es obligado a pagar en forma adicional al precio del producto o servicio contratado. Estas erogaciones dinerarias que debe hacer el consumidor, no forman parte del precio sino que son una especie de accesorio al mismo.

Cabe agregar que estas sumas adicionales son de escaso monto en relación al bien o producto contratado. Otra característica que poseen es que, al no estar incorporados al precio del producto o servicio, suelen aparecer -desde la óptica del consumidor- en el instante previo a la decisión de efectuar la operación, cuestión no menor en el análisis que abordaremos en el punto central del trabajo.

El cargo inicial más extendido y conocido es el que las empresas financieras cobran a los consumidores a la hora de otorgar un crédito; comúnmente llamados "gastos o cargos por otorgamiento de crédito", constituyen sumas dinerarias distintas al precio del préstamo (intereses a pagar) que en la mayoría de las veces se detrae de la suma pedida por el consumidor. En su momento este cargo estuvo generalizado en todo el mercado, hasta que en el año 2013 el Banco Central procedió a prohibir a las entidades financieras bajo su control continuar cobrándolo(3). Al día de hoy este cargo subsiste en toda la operatoria financiera que no se encuentra sujeta al control del BCRA.

Otro cargo inicial, poco cuestionado por cierto, es el "derecho de admisión" que cobran las administradoras de planes de ahorro a los consumidores que quieren ahorrar para obtener un vehículo automotor. Autorizado por la autoridad de aplicación (Inspección General de Justicia), este derecho en la gran mayoría de casos es dividido en muchas cuotas para evitar su impacto inicial en el precio a desembolsar inicialmente, cuestión que también analizaremos más adelante.

Estos gastos iniciales, especialmente el gasto de otorgamiento de crédito, han merecido fuertes críticas sosteniéndose que representan una violación al deber de informar claramente el precio del bien o servicio y constituyen una ilegal traslación de costos internos de las entidades hacia los consumidores.

Los defensores de estos cargos sostienen que son informados al consumidor antes de decidir la contratación del bien o el servicio, conservando la libertad de contratar o no. A su vez sostienen que como forman parte del precio(4), no pudiendo ser tildados de abusivos en los términos de la prohibición del art. 1121 del Código Civil y Comercial.

El objetivo del presente trabajo es ahondar justamente en la cuestión del consentimiento del consumidor frente a este tipo de gastos, no ya desde un punto de vista lógico jurídico formal, sino pasándolo por el novedoso -y obligado- tamiz de las neurociencias y su aporte al conocimiento más profundo de los sesgos cognitivos de las personas.

3.- Los sesgos cognitivos frente a los cargos iniciales: A continuación analizaré los sesgos cognitivos que se disparan en el ser humano ante la presencia de estos cargos adicionales que aparecen al momento de realizar la decisión de contratar, para luego intentar arribar a una conclusión acerca de la abusividad de los mismos.

a) La relatividad en materia de precios. Ariely y Kreisler sostienen que los seres humanos no tenemos la habilidad para valorar las cosas por sí solas; necesitamos de referencias contextuales en forma permanente. Para las personas las cosas no son caras o baratas por sí solas, sino que siempre lo son en comparación con otras: "Cuando la relatividad entra en juego, podemos descubrir que tomamos decisiones muy rápidas en compras grandes y muy lentas en compras pequeñas, y todo porque tendemos a pensar en porcentajes sobre la cantidad total, en lugar de en cantidades absolutas"(5).

Pensemos en un cliente que necesita obtener un préstamo de \$ 40.000 para satisfacer necesidades familiares (o las que fueran). Al momento de dirigirse a la empresa y retirar el capital dado en préstamo advierte que al momento de liquidarle el préstamo la empresa le descuenta -pongamos unos \$ 500- por gastos de otorgamiento de crédito, dándole "en mano" la suma de \$ 39.500.

Si analizamos la cuestión desde el sesgo de relatividad los \$ 500 frente a los \$39.500 que va a recibir, son insignificantes, y por tanto, en la mente del consumidor lo ve como una baratilla, un pequeño costo que debe afrontar para adquirir el preciado y necesitado crédito.

b) Evitando el dolor de pagar. La baja prominencia del cargo. Los cargos adicionales al precio, por otro lado, además de ser baratos en relación al bien o producto que se pretende adquirir, están diseñados para tener baja prominencia y de esta forma evitar el dolor de pagar en el consumidor.

El dolor de pagar constituye otro sesgo cognitivo científicamente comprobado: los seres humanos experimentamos algún tipo de dolor mental cuando pagamos por las cosas. Al respecto Ariely dice que "Cuando pagamos en efectivo, tenemos que ver, tocar, manejar, clasificar y contar el dinero que estamos gastando, y todo ese proceso nos hace sentir más su pérdida, mientras que, con una tarjeta de crédito, la pérdida no es tan vívida ni tan visceral"(6).

Pagar en efectivo duele más. El pago en efectivo tiene una prominencia intrínseca, pues vemos y sentimos el dinero, y tenemos que contar lo que pagamos y el cambio que recibimos.

La prominencia es el término más adecuado para designar la situación en la que somos conscientes de la existencia de algo; en este caso, de los pagos. El hecho de que exista esta consciencia -o prominencia- es lo único que nos permite sentir el dolor, y por tanto reaccionar, juzgar y evaluar los potenciales costes y beneficios de nuestras elecciones.

Volviendo al análisis de los cargos de inicio a la luz de este sesgo notamos que los mismos tienen -comúnmente- muy baja prominencia en tanto no es pagado en efectivo por el cliente sino que se viste bajo el ropaje de un débito antes de recibir dinero. Esto se encuentra íntimamente relacionado con lo sostenido en párrafos al hablar de la relatividad, "cuando una cantidad -200 dólares en una cena, por ejemplo- se pone en el contexto de una cantidad mayor -una factura de 5.000 dólares al mes por tarjeta de crédito-, los 200 dólares nos parecen menos importantes y menos dolorosos que si los pagamos aisladamente.

Por tanto, cuando pagamos con nuestra tarjeta de crédito, es fácil infravalorar un pago adicional de 200 dólares"(7).

Este dolor se atenúa más si ni siquiera tenemos que sacar dinero en efectivo para ello, siendo una simple actuación contable sobre la importante -y necesaria- suma de dinero que estamos listos para recibir.

Esta práctica de bajar la prominencia de un cargo inicial se advierte claramente en los contratos de ahorro previo para la adquisición de automotores. Las empresas administradoras del sistema, autorizadas por la IGJ para cobrar un "derecho de admisión"(8) equivalente al 3% del valor de la unidad automotor (unos \$ 45.000 en un auto de \$ 1.500.000), suavizan la prominencia de ese pago prorrateando y/o difiriendo ese valor inicial a pagar en varias cuotas futuras. De esta forma -nuevamente- evitan la sensación negativa del importante pago que debe hacer el consumidor, "suavizándola" en cuotas que se pagan a lo largo del plan(9).

c) El poder de la tentación. Las neurociencias también comprobaron que el ser humano posee una escasa capacidad de hacer autocontrol. (Por qué nos cuesta tanto autocontrolarnos? Porque tendemos a valorar mucho más las cosas que podemos obtener de forma inmediata que las que podamos obtener en el futuro, incluso aunque seamos conscientes de que estas últimas nos benefician más.

Richard Thaler, premio nobel de economía en 2017 estudió estos impulsos no racionales y concluyó que: "Los problemas de autocontrol combinados con la decisión irreflexiva tienen malas consecuencias para la gente real. Millones de personas todavía fuman a pesar de que está demostrado que fumar tiene consecuencias terribles para la salud y, lo que es más significativo, la gran mayoría de los fumadores afirman que les gustaría dejarlo. Casi dos tercios de los estadounidenses tiene sobrepeso o están obesos. Muchas personas nunca llegarán a suscribir el plan de pensiones de su empresa, aunque cuenten con importantes ayudas"(10).

Continuemos con el ejemplo para no perder el hilo y ver cómo los sesgos cognitivos se van apuntalando unos a otros para lograr que el consumidor efectúe el pago del cargo en cuestión sin mayores quejas ni cuestionamientos.

Pensemos en un consumidor que se encuentre decidido a defender sus \$ 500 pesos, presentando la queja ante el empleado de la financiera que tiene los \$39.500 listos para otorgárselos en su mano. Allí el cliente se va a encontrar con esta fuerza de enorme potencia: la tentación de recibir el dinero; en palabras de Shina "una vez que fuimos empujados a los abismos de las tentaciones no hay información que pueda detener el impulso"(11). Agrega el autor que "La evidencia científica nos está mostrando, cada vez con más solvencia, que nuestras acciones tienen muy poco que ver con esa voluntad sobrevalorada por la mayoría de las ciencias sociales, particularmente por el Derecho"(12).

Sin defender un determinismo impulsivo que nos quita toda autonomía, lo que pretende señalar el autor es la enorme dificultad psicológica que tiene un consumidor en estas condiciones para decidir no realizar la contratación.

d) El efecto rebaño: Por último, y como si fuera poco, este tipo de gastos iniciales posee otra desventaja para el consumidor y ello tiene que ver con su generalización que termina generando el sesgo cognitivo conocido como "efecto rebaño".

Básicamente podemos definir a este sesgo como la tendencia del ser humano a imitar el comportamiento de las personas de nuestro alrededor, aunque a veces vaya en contra de nuestro propio beneficio(13).

Bajo el mantra "Si lo hacen todos es porque estará bien hecho", este sesgo termina por sepultar cualquier chance de queja o resistencia por parte del consumidor del ejemplo que se encuentra ante la imposición de gastos adicionales al precio.

Recordemos que por naturaleza los contratos de consumo son predispuestos y generalizados, y por tanto, provocan en el consumidor la razonable creencia de que esas condiciones son aceptadas por otros miles de consumidores en idéntica situación. Esto significa que este sesgo cognitivo no solo aplica y restringe la libertad y autonomía del consumidor frente a los cargos aquí analizados, sino que es extensivo a todas y cada una de las cláusulas abusivas que aparecen en los contratos de consumo.

4.- Conclusión: Como podrá advertir el lector, en el caso de análisis, frente a la aparición de este tipo de cargos, "salen a la luz" un cúmulo de sesgos cognitivos que tornan impensable imaginar la existencia de consumidores que puedan oponerse o dejen de realizar la contratación del bien o el servicio al advertir que se les pretende cobrar un pequeño gasto adicional al precio ofrecido; y aún, cuando existieran esas pocas personas, conformarían el grupo de excepción que confirma la regla.

La relatividad en el precio de estos gastos al de la operación, su falta de preeminencia, la tentación y el impacto del efecto rebaño, son todos sesgos cognitivos que atentan contra la idea de un consumidor que expresa -ante estos gastos de inicio- un consentimiento realizado con discernimiento, intención y libertad, tal como lo exige el art. 260 de nuestro Código Civil y Comercial(14). Al contrario, todo parece indicar que los mismos se encuentran diseñados para aprovechar nuestras "debilidades" cognitivas.

Es en esta intención de "sacar tajada" de las debilidades humanas donde se configura el "desequilibrio significativo" de derechos previsto en el art. 1119 del Código Civil y Comercial para poder concluir que estamos ante cláusulas manifiestamente abusivas.

El derecho del consumidor que aquí se limita es uno de los más básicos: el de prestar consentimiento libre frente a cualquier costo accesorio al precio ofertado. Este derecho se encuentra íntimamente relacionado con el establecido en el art. 42 de la Constitución Nacional que manda a proteger los intereses económicos de los consumidores. Expresado de otra manera, si se permite la existencia de cláusulas que -aprovechándose de los sesgos cognitivos de los consumidores- cargan sumas dinerarias adicionales al precio ofrecido, se está permitiendo la detracción sin causa de dinero del bolsillo de los consumidores.

En fin, a las impugnaciones por abusividad ya esbozadas desde una óptica jurídica más formal (incumplimiento oferta o precio, traslación de costos indebida, etc.) se suman estos nuevos argumentos que parten desde esta visión que nos imponen las neurociencias y el conocimiento de los sesgos cognitivos de los seres humanos.

Sobre esto último, me animo a sostener que cualquier análisis que se realice sobre una cláusula o una práctica tildada de abusiva, debería incluir una indagación sobre su interacción real y concreta frente a los sesgos que posee el consumidor de "carne y hueso".

Queda todavía mucho trabajo para hacer y muchas cosas para repensar. Sigamos construyendo el derecho del consumidor.

Notas al pie:

1)Adrián Bengolea, es abogado, especialista en relaciones de consumo y Director de Usuarios y Consumidores Unidos.

2)En este contexto, Shina con enorme claridad y valentía sostiene que "Es preocupante comprobar que, tanto nuestro sistema normativo, como nuestro cuerpo de magistrados y operadores del derecho sigan aferrados a la existencia de un sujeto racional que dispone de voluntad suficiente para tomar decisiones óptimas usando su infalible discernimiento (art. 260 CCyC). Nada de esto es real y todos lo saben. El Derecho no puede seguir encerrando este mundo de mañana, que ya empezó ayer, en teorías que fueron útiles hace un siglo y medio atrás" Shina, Fernando, "El impacto de las neurociencias en el consumo masivo: el ocaso de la autonomía de la voluntad" publicado en fecha 9 de Abril de 2020, www.saij.gov.ar, Id SAIJ: DACF200057. En la misma línea: "Neurociencias y Derecho. Irracionales..., pero previsiblemente irracionales. El pensamiento de Dan Ariely", 9 de Junio de 2020, www.saij.gov.ar, Id SAIJ:

DACF200118; "Las neurociencias obligan a repensar la antijuridicidad. El fraude de la información irrelevante", 7 de Julio de 2020, www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF200142; "El impacto de las neurociencias en las relaciones de consumo. Las herramientas legales para la prevención de las nuevas prácticas abusivas. Algunas soluciones aplicables al sistema legal vigente", 26 de Marzo de 2021, www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF210054.

3) Comunicación "A" 5460, 2.3.22. "Independientemente de lo expuesto, se consideran no admitidos los siguientes cargos y comisiones: por contratación y/o administración de seguros (dado que sólo es transferible la prima al usuario), por generación de resumen de cuenta o de envío de resumen de cuenta virtual (esos servicios deben estar incluidos en la comisión por mantenimiento de cuenta) y por evaluación, otorgamiento o administración de financiaciones" (<http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A5460.pdf>).

4) Argumento de enorme debilidad que, ya que si fueran parte del precio, deberían estar incluidos en él.

5) Dan Ariely, Jeff Kreisler, "Las trampas del dinero, Cómo controlar tus impulsos, gastar con cabeza y vivir mejor", página 48.

6) Ariely..., "Las trampas... páginas 95/96.

7) Ariely..., "Las trampas... página 96.

8) Si bien no es estrictamente un cargo por otorgamiento de crédito, no deja de ser un cargo muy similar en tanto se cobra al inicio de la relación .

9) (Cuántos consumidores ingresarían a este tipo de planes si se les cobrara una "entrada" de \$ 45.000 o más a pagarse en efectivo en un solo pago?.

10) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, "Un pequeño empujón", Belén Urrutia (trad.), Buenos Aires, Taurus, 2018, p. 61, citado por Shina en el trabajo "Las neurociencias obligan a repensar la antijuridicidad. El fraude de la información irrelevante" (7 de Julio de 2020 www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF200142).

11) Shina, Fernando "Las neurociencias obligan a repensar la antijuridicidad. El fraude de la información irrelevante", 9 de Junio de 2020, www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF200118.

12) Ibid.

13) Ibid. Thaler... "Un pequeño empujón", capítulo 3 "Seguir al rebaño", p. 71.

14) ARTICULO 260.- Acto voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 3 DE AGOSTO DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.260, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1119, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1121, Constitución de la Nación Argentina Art.42

De los términos abusivos y cláusulas ineficaces en las relaciones de consumo. Los contratos de adhesión en la Ley de Defensa del Consumidor. Segunda Parte

SHINA, FERNANDO E.

Publicación: www.saij.gob.ar, 22 DE JUNIO DE 2021

TEMA

RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONTRATOS DE ADHESION-CLAUSULAS PREDISPUESITAS-CLAUSULAS ABUSIVAS

TEXTO

A) Consideraciones previas.

En este breve ensayo vamos a continuar desarrollando los aspectos centrales de la contratación por adhesión y los términos abusivos emergentes de esa modalidad contractual publicado muy recientemente en este mismo espacio editorial(1).

Como ya fuera dicho en la primera parte, es importante tener en cuenta que el Código Civil y Comercial también regula los Contratos de adhesión, a los que acertadamente denomina Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, en el Libro, III, Título II, Capítulo 3, Sección 2°, arts. 984 a 992.

Esta duplicidad de fuentes legislativas nos obliga a tener en cuenta que, dentro de un mismo ordenamiento jurídico, conviven dos cuerpos normativos que regulan los contratos de adhesión y la eventual abusividad de sus términos.

En esta segunda parte, vamos a examinar, exclusivamente, la normativa dispuesta en la Ley de Defensa del Consumidor.

B) El art. 38 de la LDC. Se anota textualmente la citada norma para facilitar su posterior examen.

Artículo 38. Contrato de adhesión. Contratos en formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.

Todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública y privada, que presten servicios o comercialicen bienes a consumidores o usuarios mediante la celebración de contratos de adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir.

Asimismo, deben 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 lugar visible con la siguiente leyenda: "Se encuentra a su disposición un ejemplar del modelo de contrato que propone la empresa a suscribir al momento de la contratación. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.266 B.O. 17/8/2016).

I. Presentación.

Cuando se analiza a los contratos de adhesión (CA), se suele comenzar por el examen de sus elementos típicos; a saber: a) la falta de negociación entre las partes; b) la posible eventual existencia de estipulaciones abusivas(2).

Cuando pensamos en un 'contrato de adhesión', inmediatamente se nos viene a la mente un intrincado y larguísimo formulario, escrito con letras diminutas y repleto de estipulaciones abusivas o, cuando menos, peligrosamente ambiguas.

Ese acercamiento a los contratos predispuestos, sin ser falso, es insuficiente porque examina los efectos de la contratación predispuesta sin analizar las causas de su predominio en todo el mundo.

Este punto no es de menor importancia y no podemos soslayar que los CA constituyen la forma contractual predominante en todo el Planeta Tierra.

Este modo de encarar el estudio de los CA impide profundizar acerca de los motivos por lo que ellos se han convertido en la herramienta de tráfico más importante del mundo. Son pocos los autores nacionales que formulan dilemas más profundos que permitan entender un poco mejor el fenómeno de la contratación predispuesta.

Atilio Alterini, una vez más, parece haber tocado la tecla justa cuando años atrás (mucho antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial) señaló la vinculación entre el tráfico masivo de riqueza y la contratación predispuesta: Los contratos predispuestos son "instrumentos adecuados para la economía de masas" (Vallespinos), pues mediante ellos se producen significativos ahorros propios de la economía de escala: un ahorro de tiempo, al ser evitada la discusión individual de las cláusulas; un ahorro derivado de que la uniformidad de la contratación facilita la homogeneidad de la gestión empresarial; un ahorro de litigiosidad, en razón de que los contratos prevén de antemano soluciones puntuales para las distintas alternativas posibles en el desarrollo de la relación entre partes (Amaral) (3).

La cita de Alterini nos sirve para meternos de lleno en el tema partiendo de una afirmación relativamente dogmática: la contratación por adhesión es un fenómeno de la economía antes que una variante o fraccionamiento de la teoría general del contrato. El núcleo de este tipo de negocios jurídicos es de carácter económico y ello determina que sea más importante examinar cómo estos negocios se entrelazan en el consumo masivo de bienes y servicios.

Sin perjuicio de lo dicho en el párrafo que antecede, sostenemos que los CA, al no estar subordinados a ninguno de los principios que regula a los contratos paritarios (Libertad contractual, no intervención judicial, pacta sunt servanda, enunciados en los arts. 957 a 960 del CCyC), establecen otra ruptura o fraccionamiento respecto de la Teoría General del Contrato. En oposición a esta tesis, Lorenzetti, entre otros, sostiene que los CA no establecen una ruptura sino un mera diferencia en la forma de prestar el consentimiento: "Dentro de este Título se regula los Contratos celebrados por adhesión... El Código regula los contratos celebrados por adhesión como un problema del consentimiento dentro del capítulo general del contrato" (4). El autor continúa explicando que los CA son, en realidad, subtipos del contrato paritario: "Puede ocurrir que un contrato entre partes iguales se celebre por adhesión a condiciones generales de la contratación. Ello es muy frecuente, incluso en las relaciones comerciales, como los contratos de distribución, franquicia, transmisión de conocimiento... etcétera" (5). Sin embargo, inmediatamente Lorenzetti afirma que, "En estos casos, se aplican las reglas especiales sobre interpretación y sobre cláusulas vejatorias que prevén los artículos citados" (6).

En sumario: para Lorenzetti, entre otros autores, los CA son iguales a los paritarios, pero, sin embargo, ellos están subordinados a reglas y principios diferentes a los dispuestos para los contratos paritarios. Esta incongruencia, de sostener que los contratos de adhesión son iguales a los paritarios, pero regulados por principios completamente diferentes torna insustancial la polémica y confirma que los CA no son tipos paritarios y, por lo tanto, establecen una ruptura respecto de la teoría contractual clásica.

Sigamos con el desarrollo.

II. Los contratos de adhesión en la doctrina norteamericana.

Friedrich Kessler (1901 - 1998) nació, estudio y se formó en Alemania hasta

que como tantos otros pensadores de su generación tuvo que huir de la peste nazi. Tras radicarse en Estados Unidos, fue un destacado profesor en universidades de gran prestigio como Yale Law School, University of Chicago Law School y Berkeley School of Law.

Uno de sus ensayos más famoso consiste en un formidable estudio de los contratos de adhesión que, tras su primera publicación en 1943, recorrió todas las universidades del mundo. (Lamentablemente, en Argentina casi no se conoce la obra de Kessler).

Kessler reconoce que la comercialización masiva de bienes y servicios hizo inevitable la aparición de una herramienta contractual que permitió estandarizar un modelo contractual para ser repetido tantas veces como sea necesario, evitando que cada contrato tenga que sufrir agotadoras e infructuosas negociaciones paritarias entre el proveedor y el usuario.

El mérito de este autor consiste en haber advertido, hace casi un siglo, que en la raíz del contrato de adhesión está involucrada la masividad del consumo de bienes y servicios y la despersonalización del mercado donde circulan.

En adición a lo dicho, hay que señalar que Kessler también advirtió que esta abstracción del mercado, que prácticamente lo equipara a una entelequia, llegó a convertir al contrato en una herramienta de la economía mediante la cual las grandes corporaciones (sobre todo los bancos y las compañías de seguros) se quitan de encima los riesgos del negocio y la responsabilidad para afrontar eventuales indemnizaciones.

Pues bien; básicamente un contrato de adhesión es eso: un negocio predispuesto por corporaciones que lideran el mercado y cuya finalidad es transferir la mayor cantidad de riesgos posibles al sector del consumo y disminuir al máximo la responsabilidad que asumen.

Kessler nos muestra un contrato que se presenta como una atractiva solución para facilitar el acceso al consumo masivo pero que esconde la finalidad de aumentar la renta empresaria imponiendo condiciones contractuales que rechazan los riesgos de un negocio y disminuyen la responsabilidad del proponente del contrato de adhesión(7).

En el contrato de adhesión conviven circunstancias que acentúan su condición bipolar. Por un lado, es una herramienta comercial indispensable para el tráfico masivo, y por el otro, es un peligroso mecanismo jurídico que muy frecuentemente es utilizado en forma abusiva por quien predispone las condiciones del negocio.

Mucho tiempo después que Friedrich Kessler, el citado Lorenzetti ofrecía una definición simple y clara, pero insuficiente, de los contratos de adhesión: El contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas...(8).

Como puede apreciarse, en la definición del jurista argentino, el aspecto esencial del contrato es su unilateralidad que se manifiesta en la de una negociación paritaria. No estamos en desacuerdo con esas premisas básicas. Sin embargo, como anticipáramos al comenzar el desarrollo, sostenemos que presentar el contrato de adhesión a partir de la carencia negocial nos aleja tanto de la verdadera utilidad de esta técnica contractual como de los peligros reales que anida. Para decirlo con más claridad: pensamos que la falta de negociación es un dato emergente pero no sustancial de los contratos de adhesión.

El hecho de no ser acuerdos negociados es una cuestión menor porque en los hechos el adherente jamás tendría posibilidades reales de obtener beneficios en una negociación paritaria con un banco o con una compañía de seguros. Esas hipotéticas tratativas serían, en el mejor de los casos, intrascendentes porque, casi siempre, se trata de negocios casi o cuasi monopólicos. Esto quiere decir, entre otras cosas, que todos los proveedores relevantes del mercado lanzan, casi en simultáneo, el mismo producto con calidades y precios

similares.

Las condiciones monopólicas y la cartelización de las ofertas comerciales son cuestiones de suma importancia que, según pensamos, no han sido tratadas profundamente por la doctrina nacional. Por algún motivo nos abocamos con más esmero en buscar definiciones y diferencias y matices entre las estipulaciones abusivas sin profundizar en otras cuestiones más importantes.

Las cláusulas abusivas no presentan ninguna dificultad para su entendimiento. En cambio, intentar explicar que ellas tienen relación directa con la rentabilidad de algunos negocios es una tarea más ardua que, además, puede incomodar a grupos realmente poderosos de la economía.

En otros países ese análisis profundo de los negocios jurídicos lo realizan los jueces. Por ese motivo Kessler decía que gran parte de los contratos de seguros tiene por finalidad evitar que los reclamos lleguen a los tribunales y que sean examinados. El riesgo judicial, al que le temen las poderosas compañías, no radica en que una sentencia advierta la abusividad de una cláusula, sino en que descubra la matriz abusiva de todo el negocio y decida enmendarlo mediante su integración. De ahí la trascendencia que pueden adquirir los arts. 37 de la LDC y los arts. 989 y 1122 del CCyC.

Para Kessler los contratos de adhesión son sorprendentes ejemplos de cómo el sector empresario selecciona y controla los riesgos que va a asumir en cada negocio jurídico. Por todos los medios posibles, las compañías tratan de evitar que los reclamos lleguen a tribunales y que algún magistrado se deje influenciar por factores irracionales que desbaraten la racionalidad del negocio. El negocio 'solamente' será racional (y rentable) si el estipulante logra descargar los riesgos sobre el adherente y limitar su propia responsabilidad(9).

Para entender los contratos de adhesión es necesario realizar un profundo estudio de su raíz económica. Pensamos que nuestras facultades deben comenzar a enseñar que los negocios jurídicos son, en simultáneo, negocios económicos. Es preciso dejar de poner tanto énfasis en las definiciones ingeniosas que no sirven de mucho y distraen la atención de los temas más complejos e importantes.

El problema de los contratos de adhesión es su matriz abusiva antes que la falta de negociación(10). Y son los jueces quienes deben desentrañar esa abusividad basal. La no intervención judicial es lo que permite la expansión de los contratos injustos. El juez del siglo XXI tiene que abandonar la pasividad disimulada de un liberalismo rancio y anacrónico. Pensamos que el magistrado debe intervenir, con la debida prudencia, en la contratación privada evitando los abusos inherentes a los negocios predispuestos. A esa intervención judicial se referían los autores como George Priest o F. Kessler cuando señalaban que los jueces deben tener una actitud más intervencionista en la contratación privada, convirtiéndose en una suerte de arquitectos de una conciencia social(11).

En ese orden de ideas, George Priest (Universidad de Yale) escribe un breve ensayo *The Modern Transformation of Civil Law* (2006) donde explica la mayor participación de la judicatura en los contratos privados de nuestros días: Los contratos que circulan en la actualidad son distintos a los que enseñaba el profesor Kessler porque, finalmente, sus ideas prevalecieron. Así el principio de la libertad contractual, entendido como una regla sustantiva determinante ... ha pasado a mejor vida. Los tribunales han tomado conciencia de la real diferencia de poder que existe entre los protagonistas del mercado, de las ventajas de conocimiento e información que existen entre los contratantes, y de la capacidad de transferir los riesgos de un negocio, decía este autor norteamericano hace unos 30 años(12). Y esa es precisamente la clave de los negocios de adhesión: mediante las predisposiciones de las condiciones del negocio, el empresario transfiere los riesgos del negocio para aumentar su rentabilidad.

Lo notable del artículo no está en la forma en que describe la mayor injerencia oficial sino en manifestar que el verdadero cambio en la teoría

general de la responsabilidad ocurrió cuando los jueces entendieron y asumieron que debían ser ellos los encargados de regular los daños que debían soportar las víctimas y los que debían ser indemnizados por los agentes dañadores(13).

Dicho en otras palabras, y ya liberando al autor americano de nuestro pensamiento autónomo: sostenemos que los magistrados deben interpretar más rigurosamente los nuevos textos legales, tanto de la Ley de Defensa del Consumidor, como del Código Civil y Comercial.

Los contratos de adhesión no escapan a esta realidad. En esos acuerdos, los proveedores seguirán estableciendo las pautas contractuales e imponiendo cláusulas abusivas; y seguramente continuarán transfiriendo sus riesgos a los usuarios y tratando por todos los medios posibles de disminuir sus responsabilidades pero los jueces deberán abortar estas tretas contractuales.

No se trata de intervenir sobre la libertad contractual de los contratantes porque hace décadas que se sabe que esa libertad es formal e insubstancial. La cuestión consiste en ajustar más la interpretación de los factores de responsabilidad aumentando el universo de sujetos responsables lo cual requiere que puedan oponerse menos eximentes de responsabilidad. Ese nivel de intervención es compatible y armónico con la sistemática propuesta por el Código Civil y Comercial que ha incorporado textos legales como los arts. 989, 1122, 1733 y 1757 y otros que van en esa dirección.

Ahora solo resta lo más difícil: lograr que los jueces asuman la responsabilidad que el legislador reformista les asignó. Como bien dice Aida Kemelmajer: Toda la normativa demuestra que, pese a la gran crisis del Poder Judicial, el Código cree en los jueces que deben aplicarlo, pues -como dice Carlos Cossio - 'quien cree que no tiene jueces no tiene por qué depositar su fe en las normas... ' La misión de la ley consiste en fijar a grandes rasgos las máximas generales del derecho; establecer los principios fecundos en consecuencia, y no descender al detalle de las cuestiones que puedan surgir en cada materia. Al juez, al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes es a quienes toca su aplicación(14).

III. El control del Estado. Responsabilidad.

Como surge de la norma que comentamos, se le asigna al Estado la tarea de controlar que estos acuerdos preestablecidos no contengan cláusulas abusivas: La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior.

Sin embargo, es preocupante comprobar la indiferencia e ineficacia del Estado nacional para llevar adelante esta tarea de vigilancia. Lo cierto es que nadie ignora que la mayoría de los contratos de adhesión, que deben pasar el control oficial, están plagados de estipulaciones abusivas, siendo emblemático el caso del contrato de seguro automotor que, a pesar de ser revisado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, contiene muchas estipulaciones que, sospechosamente, superan el control de la autoridad de aplicación.

En ese orden de ideas, coincidimos con Chamatropulos quien sostiene que el control inadecuado del Estado enerva su responsabilidad: El incumplimiento del deber de vigilancia por parte del Estado respecto de la presencia de contenido abusivo en los contratos de consumo que debe controlar puede hacerlo incurrir en responsabilidad, obligándolo a responder ante los consumidores que resulten dañados por los efectos de las cláusulas abusivas existentes en los contratos que celebren(15).

IV. Publicación en la Web.

(a) Presentación.

La ley 27.266 (2016) estableció importantes modificaciones al artículo 38 de la LDC.

La primera de ellas es la obligación, a los proveedores que comercialicen sus productos o servicios utilizando contratos predispuestos, de publicar en la

Web un modelo del contrato que utilizan para comercializar el producto. Asimismo, se impone la obligación de tener en los locales y a disposición de la clientela un ejemplar del contrato que deberá suscribirse.

Los agregados de la ley 27.266 buscan mejorar la información que reciben los usuarios antes de comprar un bien o suscribir un servicio.

Asimismo, es importante señalar que la norma se hace cargo de las nuevas modalidades de consumo porque, como dijimos al comentar los arts. 32 a 34 de la LDC, el aumento del e-commerce no se detiene, siendo cada vez más habitual que los consumidores busquen información online antes de definir la operación de consumo.

(b) Nuestra opinión crítica.

A pesar de estar de acuerdo con el espíritu de la norma, no podemos dejar de formular una severa crítica con relación a cómo se ha implementado. En ese orden, nos parece inconcebible que un texto legal de tanta importancia no prevea ninguna sanción para su incumplimiento.

En efecto, la norma en comentario describe la conducta que debe seguir el proveedor, pero no dispone una sanción para su incumplimiento: ...Todas las personas físicas o jurídicas, ... que presten servicios o comercialicen bienes a consumidores o usuarios mediante la celebración de contratos de adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir.

Como puede advertirse a simple vista, NO surge de la norma ninguna consecuencia frente a su eventual incumplimiento. Pensamos que el legislador debió implementar una solución similar al art. 36 de la LDC que dispone que cualquier defecto en el cumplimiento de los requisitos establecidos para las operaciones a crédito, no solo dará ocasión a una nulidad, sino que establece la sanción correspondiente: En las operaciones financieras para consumo y las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato, dice textualmente el tercer párrafo del art. 36, LDC. Esta redacción es correcta porque a la descripción de la conducta deseada por el ordenamiento le sigue la sanción correspondiente a su incumplimiento.

Creemos que el art. 38 de la LDC debió establecer que el mero incumplimiento genere consecuencias legales para el infractor, más allá de la existencia de daños concretos a personas individualizadas. Es que, la sola omisión de efectuar la publicación ordenada constituye una infracción formal que debe ser sancionada.

La doctrina se ha ocupado poco de este tema. Tambussi sostiene que: ... la inobservancia de este deber pase por vía de interpretación a formar parte de la ilicitud de las prácticas abusivas que consagra el art. 8 bis de la ley 24.240 y el nuevo Código Civil y Comercial (art. 1096), como derivación del principio de buena fe que debe imperar en toda relación jurídica(16).

En este caso, no coincidimos con el autor. Pensamos que la remisión a otras normas es incorrecta como técnica legislativa e insuficiente para solucionar la laguna del art. 38 de la LDC. Nótese que, según explica el citado autor, no solo se requiere una remisión a otro estatuto legal (el Código Civil y Comercial), sino que -además- necesita de una interpretación judicial que autorice la remisión dado que ella no está dispuesta en el art. 38 de la LDC.

(c) Nuestra solución.

Las normas que describen conductas pero no establecen sanciones por su incumplimiento son de escasa o nula utilidad.

Es aconsejable que el legislador evite la creación de esta clase de normas jurídicas que generan más expectativas que resultados concretos.

En el caso concreto, pensamos que no sería difícil implementar un sistema que fije sanciones económicas proporcionales a la facturación que el proveedor

realizó por las ventas del producto y/o suscripción del servicio cuyo modelo de contrato omitió publicar en la red.

(d) La modificación de los contratos de adhesión: el art. 39 de LDC.

i) El art. 39 de la LDC. Se transcribe textualmente la norma que luego comentaremos.

El Artículo 39. - Modificación Contratos. Tipo. Cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación.

ii) Presentación.

Con respecto a esta norma, corresponden los mismos comentarios realizados al examinar el art. 38. La actividad del Estado es sumamente deficitaria en materia de control.

Es evidente que los organismos de control oficial son insuficientes o ineficaces o ambas cosas juntas para cumplir esta importante tarea.

Sería imposible anotar la cantidad de contratos de adhesión que contienen cláusulas abusivas que, sin embargo, fueron aprobados por la autoridad administrativa. Muchas de esas cláusulas son declaradas abusivas en la sede judicial; sin embargo, rara vez, si es que alguna, la responsabilidad se extiende al organismo de control.

No obstante, pensamos que si la ley le impone al poder administrativo una obligación y éste la cumple defectuosamente debería ser responsable de la omisión o de la falla. Es que, de otro modo, no se entiende qué sentido tiene esta norma si, en última instancia, los organismos oficiales no responden por los incumplimientos.

iii) Revisión judicial.

Sin perjuicio de lo dicho en la presentación, es importante remarcar que, a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, estas aprobaciones administrativas pueden ser revisadas en la sede judicial, conforme lo establecen los arts. 989 y 1122 del CCyC.

La facultad revisora que los jueces tienen, respecto a estas aprobaciones administrativas, siempre fue discutida en los pleitos en las que una de las partes (el usuario) denunciaba la abusividad de una cláusula contractual, y la otra (la compañía demandada) intentaba ampararse en la autorización oficial que el contrato había recibido.

En los hechos, esas aprobaciones actuaban como escudo legal de las compañías (especialmente de seguros) contra las demandas de daños y perjuicios que recibían.

Los mencionados artículos del Código Civil y Comercial le ponen fin a esta discusión porque ambos textos legales, en forma expresa, prevén la revisión judicial de aquellos contratos que fueron aprobados por organismos oficiales de control.

En especial, el art. 989 del CCyC, referido a contratos de adhesión establece que: La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad.

En otro trabajo, sosteníamos que: "... Es, pensamos, una norma trascendental que tendrá fuerte impacto en el ordenamiento legal, siempre y cuando los magistrados asuman la responsabilidad de usar las facultades que el legislador puso a su disposición"(17).

Sin perjuicio de lo dicho, y aun aceptando las bondades del art. 989 del CCyC, la norma no resuelve el tema de la eventual responsabilidad del Estado

por el error, la falla o la omisión en su actividad de control.

Como ya dijimos al examinar el art. 38 LDC, un texto legal que describe una conducta obligatoria pero omite la sanción correspondiente a su incumplimiento, más que una norma jurídica es un énfasis legislativo de escasa trascendencia.

Notas al pie:

1) Shina, Fernando E., De los términos abusivos y cláusulas ineficaces en las relaciones de consumo. Primera Parte, Buenos Aires, 1-06-2021, www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF210104.

2) El lector interesado en profundizar el tema de la contratación predispuesta puede consultar Shina, Fernando, Los contratos de adhesión, Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

3) Alterini, Atilio, Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno, Buenos Aires, La Ley, 1-01-2009, Citar online: AR/DOC/11425/2001.

4) Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, T 1, pg. 807.

5) Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos..., T 1, pg. 807.

6) Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos..., T 1, pg. 808.

7) Shina, Fernando, Los contratos de adhesión, ..., p. 55.

8) Lorenzetti, Luis, Consumidores, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2009, p 277.

9) Shina, Fernando, Los contratos de adhesión, ..., p. 57.

10) Shina, Fernando, Los contratos de adhesión, ..., p. 57.

11) Shina, Fernando, Los contratos de adhesión, ..., p. 57.

12) Priest, George L., Contracts Then and Now: An Appreciation of Friedrich Kessler, 1995, Faculty Scholarship Series. Paper 627.

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/627, p. 2151 Captura: 27/12/2016). Ver en

Shina, Fernando, Los contratos de adhesión, ..., p. 57.

13) Ver cita completa del autor en Shina, Fernando, Los contratos de adhesión, ..., p. 57.

14) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p 11.

15) Chamatropulos, Alejandro, Estatuto..., T II, p. 63.

16) Tambussi, Carlos (Dir.), Ley de defensa del consumidor..., p. 273.

17) Shina, Fernando, Los contratos de adhesión, ..., p. 75.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 22 DE JUNIO DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.957 al 960, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.984 al 992, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.989 al 1122, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1733, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1757, Ley 24.240 Art.8, Ley 24.240 Art.32 al 34, Ley 24.240 Art.36, Ley 24.240 Art.37, Ley 24.240 Art.38, Ley 24.240 Art.39, LEY 27.266 Art.1, LEY 27.266

Las nuevas etiquetas de eficiencia energética de la Unión Europea: Su especial importancia para los consumidores argentinos

IGLESIAS DARRIBA, CLAUDIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 24 DE JUNIO DE 2021

TEMA

ETIQUETAS DE EFICIENCIA ENERGETICA-CONSUMIDORES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CAMBIO CLIMATICO-UNION EUROPEA

TEXTO

RESUMEN.

Sabemos que las etiquetas de eficiencia energética (en adelante, -EEE-) permiten a los consumidores conocer la "eficiencia energética" de los productos que adquieren (principalmente) en el momento en que los adquieren.

Y también sabemos que la claridad en la información que transmiten dichas etiquetas resulta fundamental para que éstos conozcan con precisión dicha característica de los productos (y poder evaluar otras, tales como el costo de electricidad).

En este breve trabajo veremos cómo la Unión Europea cambió el diseño de sus EEE (que comenzará a regir a partir de 2021) debido a que resultaba difícil para los consumidores distinguir los productos más eficientes.

Asimismo, analizaremos la importancia de este tema para los consumidores argentinos debido a la similitud de dichas etiquetas con las que rigen en nuestro país.

Finalmente, arribaremos a una serie de breves conclusiones sobre la temática estudiada.

1. INTRODUCCIÓN.

Para comenzar, debemos recordar que, entre las diversas políticas destinadas a mitigar los efectos del cambio climático existe una que es recomendada por múltiples sectores: la eficiencia energética, la cual consiste en el uso de menos energía para producir la misma cantidad de servicios o producción útil (Dunlop, 2019). Las EEE, por su parte, son certificaciones colocadas por terceros que acreditan -básicamente- la eficiencia energética del producto certificado. Al menos, esa es su función en el sistema argentino. En otros sistemas sirven para medir otros elementos, como el consumo anual de energía o el impacto sobre el cambio climático (Huh, Jo, Shin, & Yoo, 2019; Schubert, 2017; Shen & Saijo, 2009).

Desde su introducción, en 1992, la EEE de la Unión Europea, tuvo un gran éxito. Una encuesta de la propia Unión, realizada en 2019, encontró que el 93 % de los consumidores europeos reconocía las EEE y el 79 % las tenían en cuenta cuando compraban aparatos eléctricos. No obstante, la interpretación de dichas etiquetas generaba confusión en los consumidores de los países europeos, a punto tal que -a partir del año 2021- serán retiradas de los comercios pasando a una versión más simple (Comisión Europea, 2020).

Ocurre que, al principio la mayoría de los modelos se situaban en las clases más bajas (es decir, E, F y G), pero, con el correr del tiempo, los nuevos modelos fueron mejorando su clasificación, hasta que, en un punto, la mayoría de los productos estaba en las clases superiores (A+++, A++ y A+) y ya no se encontraba ningún producto en las clases más bajas (en algunos casos, ni siquiera en la clase "A"). Ese resultado positivo, sin embargo, hacía más difícil para los consumidores distinguir los productos más eficientes: por ejemplo, al comprar un producto de clase "A+" los consumidores podían pensar

que compraban uno de los más eficientes del mercado, cuando, en realidad, a veces estaban comprando un producto medio o incluso uno de los menos eficientes.

Debe tenerse en cuenta que el tema de la confusión no sólo ocurre (de más está decirlo) en materia de etiquetas energéticas (que son una especie dentro del género de las etiquetas ecológicas), sino que aparece mencionado en todo tipo de etiquetado (ecológico o no). Además, es un tema común en el derecho marcario que puede generar la denegación del registro de un signo determinado o, incluso, anulación de una marca registrada (Pérez De Inzaurraga, n.d.).

2. LA NUEVA ETIQUETA ENERGÉTICA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS CONSUMIDORES ARGENTINOS.

El principal cambio del nuevo etiquetado europeo está en las categorías. Los colores del rojo al verde se mantienen, pero las letras cambian. Los productos marcados con la letra "G" serán los menos eficientes, mientras que los productos con la letra "A" serán los de mayor eficiencia energética. Desaparecen por tanto las clases "A+", "A++" y "A+++", que fueron creadas para abarcar y poder describir los productos más eficientes. Con el nuevo sistema se reestructurarán las puntuaciones y podremos encontrar un frigorífico que actualmente está catalogado como "A+++", pasar a la categoría "C". Así, productos anteriormente marcados con la etiqueta "A+", pasarán a tener un color amarillo y la letra "D".

Junto con el cambio de las letras, las nuevas etiquetas han variado ligeramente su diseño para incorporar información extra.

Además, las nuevas EEE son "lingüísticamente neutras", vale decir que utilizan sólo símbolos, para que sean iguales y entendibles por todos los países. Por otra parte, tendrán un código "QR", donde los consumidores podrán acceder a información más detallada a través de la Base Europea de Datos para el Etiquetado Energético (EPREL), que estará disponible a partir de marzo de 2021, a medida que los nuevos productos empiecen a utilizar la etiqueta (Comunidad de Madrid, 2021).

La Comisión Europea anunció en marzo de 2019 que la primera serie de nuevas etiquetas energéticas para lavavajillas, lavadoras, refrigeradores y dispositivos con pantallas electrónicas estará en las tiendas a partir del 1 de marzo de 2021 y, para los sistemas de iluminación, a partir del 1 de septiembre de 2021 (Comisión Europea, 2021).

Ha de insistirse en que las EEE de la UE, que comenzarán a ser reemplazadas en 2021, son similares a las que rigen actualmente en la Argentina(2), por lo cual la pregunta acerca de la comprensión de las EEE argentinas por nuestros consumidores resulta muy importante.

En Argentina, la Secretaría de Energía de la Nación publica la normativa sobre etiquetado energético, en su página web(3). En dicho sitio web pueden consultarse las EEE correspondientes a cada tipo de electrodoméstico, a saber: aire acondicionado, lámparas, heladeras, horno y hornallas, calefones, lavarropas, termotanques, televisores y microondas. Como regla general de interpretación de las EEE argentinas, la Secretaría de Energía publica una EEE de estilo genérico con una escala de valores que van de la "A" a la "G" que aclara lo siguiente:

- Mayor eficiencia = color VERDE + letra "A";
- Menor eficiencia = color ROJO + letra "G".

Sin embargo, si tomamos como ejemplo tres electrodomésticos de uso corriente en los hogares, como pueden ser los refrigeradores, los lavarropas, y los acondicionadores de aire, podemos observar que sus respectivas EEE son diferentes entre sí(4). Respecto de los refrigeradores, la EEE vigente se compone de siete categorías energéticas que van de la "A+++" a la "G". Respecto de los lavarropas, la EEE vigente presenta cinco categorías que van de la "A+++" a la "B"(5), y respecto de los acondicionadores de aire, las EEE vigentes siete categorías que van de la "A" a la "G"(6).

De sólo observar estas tres etiquetas se aprecia, no solamente la distinta

manera en que expresan la eficiencia energética del equipo, sino -además- una gran cantidad de información que el consumidor debe procesar en el momento de la compra. Esta enorme cantidad de datos no ayuda a la realización de una compra bien informada y a la protección de los derechos de los consumidores, protegidos por el Art. 42 de la Constitución Nacional, la Ley 24.240 y el Código Civil y Comercial de la Nación.

Por otro lado, la situación mencionada en los párrafos anteriores no ayuda al logro de la tan anhelada "eficiencia energética", la cual, como se ha dicho, es un reconocido mecanismo de mitigación del cambio climático. Y, por tal motivo, dicha función deviene eminentemente social, y debe prevalecer por sobre el mero interés personal del consumidor individual de energía.

3. CONCLUSIONES.

Por lo dicho en los párrafos anteriores podemos arribar a algunas conclusiones.

En primer término, queda claro que la Unión Europea simplificó el diseño de sus EEE en virtud de que éstas generaban problemas de interpretación de la eficiencia energética entre los consumidores, principalmente en lo relativo a las categorías de equipos "más eficientes". Este tema es por demás importante para los consumidores argentinos debido a que, como se dijo, las etiquetas de eficiencia energética que rigen actualmente en nuestro país son muy similares a las que fueron reemplazadas en el viejo continente. Asimismo, las etiquetas vigentes en la Argentina presentan una gran complejidad para los consumidores al momento de la compra debido a la gran cantidad de información que ofrecen.

NORMATIVA CITADA.

- Reglamento sobre etiquetado energético (UE) 2017/1369.
- Reglamento (UE) 2021/341 de la Comisión Europea, sobre diseño ecológico.
- Norma IRAM 2404-3:2015 - Etiquetado de eficiencia energética para aparatos para refrigeración de uso doméstico. Parte 3 - Etiqueta, revisada en 2015.
- Norma IRAM 2141-3:2017 - Etiquetado de eficiencia energética para lavarropas eléctricos. Parte 3 - Etiquetado de eficiencia energética.
- Norma IRAM 62406 - Etiquetado de eficiencia energética para acondicionadores de aire.

Notas al pie:

- 1) Claudio Iglesias Darriba, Abogado (-Diploma de Honor- Universidad de Buenos Aires) y Doctor en Sociología (Universidad John F. Kennedy). Diploma Superior y Candidato a Magister en Derecho y Economía del Cambio Climático (FLACSO Argentina). Docente de Derecho Ambiental y de la Diplomatura en Litigio de Conflictos Sociales y Ambientales de la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ).
- 2) Los elementos que conforman la EEE de la Unión Europea aparecen en países fuera de Europa, ya sea como copias o adaptaciones (en la mayoría de los países de América Central y del Sur, en África, en muchos países de Oriente Medio, en Rusia y en otros Estados de la antigua Unión Soviética), en versiones ligeramente modificadas (en China, Hong Kong, Irán, Túnez) o en versiones que copian solo la codificación del color (Corea, Taiwán). (Molenbroek, Smith, Surmeli, & Schimschar, 2015).
- 3) La página web de la Secretaría de Energía de la Nación se encuentra en el siguiente link: <https://www.argentina.gob.ar/energia/eficiencia-energetica/etiqueta>].
- 4) La norma vigente para su etiquetado es la IRAM 2404-3:2015 - Etiquetado de eficiencia energética para Aparatos para refrigeración de uso doméstico. Parte 3 - Etiqueta, revisada en 2015.
- 5) La norma vigente para su etiquetado es la IRAM 2141-3:2017 - Lavarropas eléctricos. Parte 3 - Etiquetado de eficiencia energética.
- 6) Dichos equipos son regulados por la Norma IRAM 62406 - Etiquetado de eficiencia energética para acondicionadores de aire.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 24 DE JUNIO DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01**, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Ley 24.240*

REF. BIBLIOGRAFICAS

- Comisión Europea. (2020). En el punto de mira: una nueva generación de etiquetas energéticas de la UE. Retrieved from https://ec.europa.eu/info/news/focus-new-generation-eu-energy-labels-2020-aug-13_es.
- Comisión Europea. (2021). En el punto de mira: La etiqueta energética de la UE mejorada: preparar el camino para productos más innovadores y eficientes. Unión Europea. Retrieved from https://ec.europa.eu/info/news/focus-improved-eu-energy-label-paving-way-more-innovative-and-energy-efficient-products-2021-lut-16_es.
- Comunidad de Madrid. (2021). (Sabe cómo es el nuevo etiquetado energético obligatorio? Retrieved April 13, 2021, from <https://www.comunidad.madrid/servicios/consumo/sabe-es-nuevo-etiquetado-energetico-obligatorio>.
- Dunlop, T. (2019, October 1). Mind the gap: A social sciences review of energy efficiency. Energy Research and Social Science. Elsevier Ltd. <https://doi.org/10.1016/j.erss.2019.05.026>.
- Huh, S. Y., Jo, M., Shin, J., & Yoo, S. H. (2019). Impact of rebate program for energy-efficient household appliances on consumer purchasing decisions: The case of electric rice cookers in South Korea. Energy Policy, 129, 1394-1403. <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2019.03.049>.
- Molenbroek, E., Smith, M., Surmeli, N., & Schimschar, S. (2015). Impacts of the EU's Ecodesign and Energy/Tyre Labelling Legislation on Third Jurisdictions. Nairobi. Retrieved from https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/201404_ieel_third_jurisdictions.pdf.
- Pérez De Inzaurraga, G. (n.d.). Extinción del derecho sobre la marca Repaso de conceptos básicos a través de la doctrina judicial.
- Schubert, R. (2017). Purchasing Energy-Efficient Appliances - To Incentivise or to Regulate? In Environmental Law and Economics (pp. 215-234). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-50932-7_9.
- Shen, J., & Saijo, T. (2009). Does an energy efficiency label alter consumers' purchasing decisions? A latent class approach based on a stated choice experiment in Shanghai. Journal of Environmental Management, 90(11), 3561-3573. <https://doi.org/10.1016/j.jenvman.2009.06.010>.

Neurociencias & relaciones de consumo. (Libertad contractual o intervencionismo oficial?)

SHINA, FERNANDO E.

Publicación: www.saij.gob.ar, 2 DE AGOSTO DE 2021

TEMA

NEUROCIENCIA-RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-LIBERTAD DE CONTRATAR-INTERVENCIONISMO ESTATAL

TEXTO

I. Negocios privados e intervención estatal: el delicado equilibrio.

Todas las disposiciones legales y de orden público que contiene la ley 24.240 son herramientas especialmente diseñadas para regular relaciones jurídicas, que si bien son - en principio - del derecho privado, asumen las particularidades propias del derecho del consumidor.

Ricardo Lorenzetti fue, según nuestra opinión, el jurista que mejor describió el sentido y el alcance de esta rama del derecho. Así, hace ya unos cuantos años señaló que "El Derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema del Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo, y aun derogatorio de normas generales"(1).

Ese microsistema, cuya característica principal es su autonomía del régimen general y la primacía de sus reglas sobre las dispuestas en la teoría general del acto jurídico y del contrato establece el punto más equidistante, de nuestro ordenamiento legal, entre el Derecho público y el privado.

En ese orden de ideas, no debemos pasar por alto que las disposiciones de orden público (normas imperativas) son, en última instancia, formas de intervención estatal en el ámbito de la incumbencia privada.

La creciente injerencia del Estado en los negocios jurídicos privados y estrictamente patrimoniales es denominada por la doctrina como la 'constitucionalización del derecho privado'. Este término, que no está exento de la habitual pomposidad argentina, describe con bastante precisión la mayor cercanía que actualmente existe entre el Derecho público y el privado.

Lorenzetti, también se ocupa de explicar esta fusión de ambas ramas del derecho que siempre estuvieron claramente separadas: En el derecho público hay imperium, en el privado, igualdad. Sin embargo, actualmente nadie niega que en el plano privado hay desigualdades entre los individuos, tal vez mucho más relevantes que las que antes existieron respecto del Estado. Por ello es que aparece cada vez con más fuerza la norma imperativa en el derecho privado, que se impone a los particulares en asuntos sensibles al interés público(2).

Nosotros pensamos que no hay mejor manera de equilibrar las asimetrías de origen, propias de los mercados libres, que una moderada e inteligente intervención del Estado. Es importante repetir que apoyamos proximidad del Estado siempre y cuando su participación sea moderada e inteligente.

Es que, si alguna de estas características falla, sea por exceso o por defecto, la protección al consumidor puede llegar a ser abrumadora para el proveedor y ocasionar un empeoramiento de las relaciones de consumo. Lo peor que le puede pasar al consumidor que habita las sociedades de consumo más modernas es que la oferta de bienes y servicios empeore o disminuya por falta de inversiones empresarias.

Las relaciones de consumo necesitan que sus tres protagonistas centrales convivan en equilibrio y sin que ninguno perjudique la actividad del otro. El

Estado, los empresarios y los consumidores deben armonizar sus funciones, en provecho de la sociedad de consumo, limitando la codicia empresaria tanto como la imposición de un populismo insano que nunca y en ningún lugar dio buenos resultados.

El problema, según nuestro pensamiento, no radica en aceptar o rechazar la intromisión estatal en los negocios privados, sino en definir qué tipo de intervención se requiere y si ella es compatible con la economía liberal que necesitan las modernas sociedades de consumo para funcionar mejor.

II. Acerca del paternalismo libertario.

Los reconocidos autores estadounidenses, Richard Thaler(3) y Cass Sunstein(4), que solemos citar en este y otros trabajos, pensaron mucho sobre este asunto de los equilibrios necesarios entre los negocios privados y las intervenciones oficiales. Finalmente, llegaron a la conclusión de que el Estado debe jugar un rol que surge de la delicada combinación de dos términos que parecen ser incongruentes pero que son complementarios. Así, los citados autores desarrollaron una teoría que es conocida con el nombre de paternalismo libertario.

Esta fórmula, que parece antitética, supone a un individuo que transita libremente por el mercado y a un Estado que lo ayuda a tomar mejores decisiones en el marco de sus relaciones patrimoniales de consumo.

El paternalismo libertario representa a un Estado que está cerca del ciudadano para darle un 'empujoncito' (nudge) cuando su pensamiento se distrae bajo el influjo de propagandas estafalarias o de créditos tentadores que, muy probablemente, no podrá pagar luego de las primeras cuotas.

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, debe entenderse que el paternalismo libertario que postulan estos autores norteamericanos NO es exageradamente reglamentarista, pero sí está atento a que las decisiones de consumo no sean abusadas por los proveedores de bienes y servicios.

Thaler y Sunstein explican mejor que nosotros su propia idea: El aspecto libertario de nuestras estrategias radica en la convicción de que, en general, las personas deber ser libres para hacer lo que desean... los paternalistas libertarios queremos que la gente sea libre para elegir... El aspecto paternalista radica en que pensamos que es legítimo que los arquitectos de las decisiones traten de influir en la conducta de la genta para hacer su vida más larga, más sana y mejor. En otras palabras, estamos a favor de que las instituciones, tanto del sector privado como del Gobierno, se esfuercen de forma consciente por orientar las decisiones de las personas en direcciones que mejoren sus vidas(5).

Se trata, entonces de un Estado que no cumple funciones policiales, sino que actúa ayudándonos a optimizar las decisiones de consumo que tomamos. Veamos cómo funciona este tipo de intervención estatal con un ejemplo. Si se busca desde el Estado estimular las dietas sanas, no es necesario prohibir la venta de gaseosas, siendo suficiente con obligar al Supermercado a que también ofrezca, en idéntica proporción, bebidas más saludables.

En un artículo del jurista Cass Sunstein, brillantemente traducido al español por el Profesor Martín Frúgoli, se detalla el ejemplo de las dietas sanas. Vale la pena su transcripción para que se entienda en qué consiste la intervención moderada que propone el paternalismo libertario: "Por ejemplo, un restaurant o bar de autoservicio podría estar diseñado de forma tal que la comida más visible y al alcance sea la saludable y las personas elijan esta comida justamente por estas razones (es decir, por tenerlas a la vista y fácilmente a disposición en primer lugar). Tal diseño es difícilmente esotérico; es enteramente transparente. Las personas pueden ver dónde está la comida. Al mismo tiempo, las personas podrían no estar conscientes de que dicho restaurant de autoservicio haya estado específicamente diseñado para promover la comida saludable. Sin dudas, ellas conocen que las frutas están más visibles que los brownies, pero podrían desconocer por qué, y sus decisiones para seleccionar las frutas podrían ser rápidas y automáticas antes

que reflexivas"(6).

El libro de Thaler y Sunstein que comentamos trae otro ejemplo similar, referido a un experimento realizado en escuelas norteamericanas, que mejoró mucho la alimentación de los niños, que es el grupo más vulnerable frente a las tentaciones de la comida chatarra.: En algunos colegios los postres estaban colocados al principio, en otros al final y en otros separados de los demás. La colocación de los distintos alimentos variaba de un colegio a otro. En algunos lo primero que se veía eran las patatas fritas; en otros la zanahoria rallada. Simplemente con reorganizar el comedor se podía aumentar o disminuir el consumo de muchos alimentos hasta en un 25 por ciento(7).

En esa senda virtuosa pareciera enrolarse la ley 27.545 (Ley de Góndolas, marzo de 2020), cuyos objetivos están descriptos en su artículo 1. Dicha norma apunta a que los productos sean exhibidos en las góndolas de los supermercados en condiciones equitativas permitiendo, entre otras cosas, la difusión de productos regionales ignotos para los consumidores habituales de las grandes marcas(8).

El tiempo dirá si la norma logra concretar esos objetivos auspiciosos o si termina esterilizada por la torpe intervención de un Estado cada vez más elefantino. Empero; nosotros, a priori, apoyamos la iniciativas que procuran armonizar la libertad individual con una prudente cercanía del Estado.

III. Más libertad y más responsabilidad.

El Derecho, afortunadamente, no puede detener la marcha de la tecnología ni disminuir el ritmo de comercialización masiva. Lo que sí puede y debe hacer es aumentar las protecciones a los sujetos más débiles.

La comercialización a escala masiva es cada vez más compleja, entre otras causas, por la aparición y el desarrollo incesante de las herramientas tecnológicas. Esa mayor complejidad hace necesaria la presencia de un Estado que se mantenga cerca del individuo y lejos de la tentación reglamentarista que, como ya hemos señalado, deprime inversiones, ahuyenta a los capitales y aplasta la creación de empleo genuino.

El Estado no puede intervenir el deseo del consumidor, ni tampoco evitar las imprudencias compulsivas que nos dominan a la hora de consumir... cualquier cosa. Esas conductas de autocontrol requieren un mayor esfuerzo individual porque implican fuertes cambios en la educación y en las reglas de conducta que debemos aprender a seguir.

Sin perjuicio de lo dicho, el Estado sí puede determinar qué reglas de responsabilidad va a aplicar para ajustar las conductas de los proveedores. En ese orden de ideas, no debe olvidarse que todo el sistema de responsabilidad, que es un método de transferir las consecuencias de un evento dañoso del patrimonio de la víctima al patrimonio del agente dañador, es una cuestión de Estado que cada país organiza, de acuerdo a su contexto social, económico, político, cultural e histórico.

En ese orden, el sistema legal tolera que existan publicidades agresivas que inducen al consumo y también permite que se ofrezcan créditos (de muy dudosa conveniencia para sus tomadores) que consolidan la idea de un consumo inducido por las propagandas audiovisuales. No obstante, como contrapartida, el Estado puede agravar la responsabilidad de los productores.

Esto significa que el Estado actúa en dos direcciones; por un lado, tolera un mayor desarrollo del consumo pero, en simultáneo, incrementa las protecciones de los consumidores. Dicho de otro modo. Se permite que los proveedores de bienes y servicios desarrollen actividades que inducen artificialmente al consumo (consumo por oferta de bienes y servicios y no por su demanda genuina) pero, al mismo tiempo, les impone mayor responsabilidad. A su vez, esa responsabilidad, en casi todos los casos, es objetiva lo que dificulta eximirse de sus alcances.

Esa fórmula, que consiste en ser tolerante con la comercialización de bienes y servicios pero más exigente a la hora de atribuir responsabilidades

objetivas, hace que los empresarios ofrezcan productos más seguros. Es decir: se fragilizan las reglas que regulan la oferta de bienes y servicios, pero se ajustan las reglas de la responsabilidad objetiva. Lorenzetti explica muy bien este movimiento de tenazas entre la oferta de bienes y servicios y la responsabilidad de los productores: "Es necesaria la confianza porque ésta se encuentra en la base del funcionamiento del sistema experto, inextricable y anónimo y es el lubricante de las relaciones sociales. Pero ello debe ser respaldado jurídicamente, tanto con el establecimiento de presunciones como mediante imputaciones de responsabilidad, utilizando para ello la regla de la apariencia jurídica"(9).

IV. Las tres dimensiones del orden público contractual.

En materia de intervención oficial en los negocios privados, Lorenzetti desarrolla una interesante teoría en la que señala la existencia de un orden público contractual que funciona en tres direcciones.

En primer lugar, el autor nos habla de un orden público que asegura que no se avasalle la autonomía de la voluntad y que el consentimiento del contratante sea limpio y exento de manipulaciones: Esta garantía protege al emisor de la declaración de voluntad: el error, dolo, violencia y la lesión responden a este propósito(10). Un claro ejemplo de este tipo de protección está dado por el llamado 'derecho al arrepentimiento' o revocatoria dispuesto en la normas que regulan, tanto en la LDC como en el CCyC, la contratación remota o e-commerce (ver arts. 34 de la LDC y 1110 a 1116 CCyC.).

En segundo lugar, el orden público debe proteger al sujeto más débil de la relación contractual (usuarios, consumidores) que por más que actúe voluntariamente, o mejor dicho, con algún grado de voluntariedad, siempre adhiere a un contrato cuyas condiciones no puede negociar. En este caso, Lorenzetti habla de un orden público contractual: El problema aquí es que las partes pueden haber emitido correctamente su declaración y expresado el consentimiento, pero hay una desigualdad económica- social. Estas circunstancias que antes no interesaban al derecho, sino a la Sociología, han sido juridizadas mediante normas de orden público(11).

Finalmente, el autor señala la existencia de un orden público de coordinación, en el cual el Estado, mediante el dictado de normas imperativas, impide que el exceso de autonomía de la voluntad y libertad contractual se concrete en contenidos ilícitos o contrarios a la moral y buenas costumbres (individualismo): El orden público de coordinación es un conjunto de normas imperativas que controla la licitud de lo pactado por las partes, principalmente su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico. La autonomía privada conduce al individualismo y a la fractura del orden social si no hay un mínimo de perspectiva pública sobre las acciones privadas(12).

V. El problema de la inoperancia y la corrupción estatal.

a) Presentación.

La contracara del Estado inteligente es el Estado inoperante. En general merecen esa categorización no los Estados, sino los gobiernos que por hacer intervenciones ampulosas, generalmente de sesgo populista, terminan - en el mejor de los casos - esterilizando la protección que querían darles a los usuarios. Lo más probable es que este tipo de medidas, que nosotros conocemos y padecemos a diario, terminan empeorando la situación de los consumidores y mejorando el estatus de los sectores empresarios.

Sin perjuicio de lo dicho, es importante señalar que nosotros propiciamos una prudente intervención del Estado para morigerar los efectos adversos de la economía de libre mercado. Sin embargo, tampoco esquivamos decir que tenemos expectativas muy poco optimistas con relación a esas intervenciones del Estado Argentino. Es necesario reconocer que, más allá de colores políticos, nuestro país no es un buen ejemplo de eficacia y transparencia en la gestión.

No son pocas las veces que la habilidad del Estado para cumplir sus objetivos

protectorios es nula o, directamente, contraproducente. Abundan los ejemplos de políticas sociales que fracasaron y terminaron agravando las situaciones que prometían resolver. Ello, sin contar los nichos de corrupción que son alarmantes en Argentina(13).

b) El pensador John Bargh y los límites humanos de la solidaridad(14).

El psicólogo social, y especialista en psicología cognitiva, John Bargh explica que muchas veces las políticas públicas tienen un objetivo solidario pero que fallan porque no tienen en cuenta algunas características humanas que son determinantes. Por ejemplo, el excesivo individualismo que domina gran parte de nuestro diario quehacer.

Bargh, comentando un fallida política social elaborada por el gobierno de México en 1989 para bajar la polución ambiental(15), explica que"... el bienintencionado programa no tuvo en cuenta la naturaleza humana, que tiende a poner las necesidades propias por encima del bien grupo..." Generalmente, continúa diciendo Bargh, "... nos apañamos para encontrar modos de eludir la inconveniencia personal, y en México, muchos encontraron una manera creativa de burlar las nuevas restricciones de tráfico... Los conductores, sencillamente compraron otro coche y obtuvieron una matrícula terminada en otro número (par o impar) que el de su vehículo original"(16).

De esta manera, los egoístas conductores podrían usar todos los días uno de sus coches, evitando cumplir la restricción que propiciaba el gobierno de México para disminuir la contaminación ambiental.

En ese mismo orden, Bargh señala que no es infrecuente que las políticas sociales no consideren que el sujeto, por regla, antepone sus propias necesidades a las del grupo. Es decir: somos menos solidarios y más individualistas de lo que estamos dispuestos a admitir. El citado autor lo dice con mayor elocuencia: "En nuestra persecución de una meta podemos hacer cosas que van en contra de valores importantes... cosas que normalmente consideraríamos inmorales, poco éticas o dañinas... Nuestras metas actuales nos cambian, cambian nuestra mente, nuestro corazón y nuestros valores. Y todo eso sin que seamos conscientes de que se han producido esos cambios. Por eso debemos tener cuidado con lo que deseamos"(17).

Unas páginas más adelante, el citado autor nos ofrece un segundo ejemplo que resulta aún más explicativo de cómo funciona la solidaridad del ser humano. El experimento cuenta que, ante la abundancia de serpientes depredadoras y venenosas, el gobierno de la India decidió pagar una recompensa por cada cobra muerta que se le entregara. El resultado, desagradablemente previsible, fue el aumento de los criaderos de esas víboras. En resumen: al poco tiempo de lanzada la medida, las cobras aumentaron en número y en salud: En un famoso ejemplo, que llevó a lo que se llamó el efecto cobra, el gobierno de la India ofreció una recompensa de cientos de dólares por cada cobra muerta que se presentara ante la autoridad competente, para ayudar a librar el país de estos peligrosos y abundantes depredadores. Pero esta nueva medida en realidad aumentó, en lugar de disminuir, la población de cobras. -De hecho llevó a una explosión en la población de cobras! Porque muchos empezaron a criar cobras para poder presentarlas muertas y cobrar la recompensa(18).

El Derecho, como sistema de regulación de conductas, está obligado a elaborar normas jurídicas apropiadas para el individuo que, muchas veces, nos negamos a ver en toda su dimensión... humana.

Como decía Nietzsche: somos humanos, demasiado humanos.

Notas al pie:

1) Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2009, p. 50.

2) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos de Derecho Privado, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 33.

3) Richard H. Thaler (East Orange, 12 de septiembre de 1945) es un economista estadounidense. Conocido por sus aportes teóricos en finanzas conductuales y por su colaboración con Daniel Kahneman y otros en la definición avanzada de este campo. En 2017 fue laureado con el Premio del Banco de Suecia en

Ciencias Económicas en memoria de Alfred Nobel por sus contribuciones a la economía conductual. https://es.wikipedia.org/wiki/Richard_Thaler, fecha de captura: 21/01/2021.

4) Cass R. Sunstein (21 de septiembre de 1954) es un abogado norteamericano y profesor universitario dedicado principalmente al estudio del derecho constitucional, derecho administrativo, derecho ambiental y de la economía conductual. Se desempeñó como Director de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA) en la administración Obama y es Profesor Felix Frankfurter en la Escuela de Derecho en Harvard. Durante 27 años, Sunstein fue investigador en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago,¹ donde actualmente continúa enseñando como profesor Visitante Harry Kalven. https://es.wikipedia.org/wiki/Cass_Sunstein, fecha de captura: 21/01/2021.

5) Thaler - Sunstein, Un pequeño empujón, ..., p.19.

6) Sunstein, Cass, Malentendidos acerca de los nudges, Martín Frúgoli (Trad.), Buenos Aires, La Ley, 24/07/2020, citar Online: AR/DOC/1774/2020.

7) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, Belén Urrutia (trad.), Buenos Aires, Taurus, 2018, p. 15.

8) Artículo 1°- Objetivos. La presente ley tiene por objetivos: a) Contribuir a que el precio de los productos alimenticios, bebidas, de higiene y limpieza del hogar sea transparente y competitivo, en beneficio de los consumidores; b) Mantener la armonía y el equilibrio entre los operadores económicos alcanzados por la ley, con la finalidad de evitar que realicen prácticas comerciales que perjudiquen o impliquen un riesgo para la competencia u ocasionen distorsiones en el mercado; c) Ampliar la oferta de productos artesanales y/o regionales nacionales producidos por las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) y proteger su actuación; d) Fomentar a través de un régimen especial, la oferta de productos del sector de la agricultura familiar, campesina e indígena, definido por el artículo 5° de la ley 27.118, y de la economía popular, definido por el artículo 2° del anexo del decreto 159/2017, y los productos generados a partir de cooperativas y/o asociaciones mutuales en los términos de la ley 20.337 y la ley 20.321.

9) Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores..., p.71.

10) Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos... p. 119.

11) Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos... p. 120.

12) Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos... p. 120.

13) En el primer año del gobierno de Alberto Fernández en el poder, Argentina empeoró su posición en el ranking anual de la organización no gubernamental Transparencia Internacional (TI) que mide cómo es percibida la corrupción en el Estado, según expertos, inversores y empresarios. Nuestro país descendió 12 lugares, al pasar del puesto 66 en el ranking de 2019 al 78 el último año, entre los 180 países medidos por TI para la elaboración del Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2020. En el IPC 2020 que difundió hoy la organización líder en la lucha contra la corrupción a nivel global, Argentina obtuvo 42 puntos sobre 100 máximos posibles, 3 menos que en 2019. En la escala utilizada, 0 puntos implican que un país es percibido como muy corrupto, y 100 puntos corresponden a aquellos con corrupción inexistente. Con este puntaje, Argentina se ubica justo por debajo del promedio global en materia de percepción de corrupción que, al igual que el año pasado, es de 43 puntos, y continúa entre los dos tercios de los países que no alcanzan los 50 puntos sobre el máximo de 100, de acuerdo al indicador de TI.

(Fuente Infobae online, 28/01/2021, <https://www.infobae.com/politica/2021/01/28/argentina-bajo-12-lugares-en-el-ranking-global-que-mide-la-corrupcion/>, fecha de captura: 1/02/2021).

14) John A. Bargh, nacido en 1955 es un psicólogo social que actualmente trabaja en la Universidad de Yale, donde se ha formado la automaticidad en la cognición, la motivación y Evaluación de laboratorio (ACME). El trabajo de Bargh se centra en la automaticidad y el procesamiento inconsciente como un método para comprender mejor el comportamiento social, así como temas filosóficos como el libre albedrío. Gran parte del trabajo de Bargh investiga si los comportamientos que se piensa están bajo control pueden resultar de interpretaciones automáticas y reacciones a estímulos externos.

https://www.creatividadempresarial.com/portal/sitio/contenidos_mo.php?it=523, fecha de captura: 21-01-2021).

15) El plan consistía en restringir la circulación de vehículos. Los días martes y jueves se permitía solamente la circulación de vehículos cuyo número de patente fuera impar. Luego, los días lunes y miércoles se permitía la circulación de los automóviles con patentes de número par.

- 16) Bargh, John, (Por qué hacemos lo que hacemos?, ... p. 284.
- 17) Bargh, John, (Por qué hacemos lo que hacemos?, ... p. 286.
- 18) Bargh, John, (Por qué hacemos lo que hacemos?, ... p. 285.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 2 DE AGOSTO DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1110 al 1116, Ley 24.240 Art.34, Ley 24.240, LEY 27.545*

Responsabilidad bancaria ante estafa electrónica. Medida cautelar a favor del consumidor

ABAD, GABRIELA A.

Publicación: www.saij.gob.ar, 16 DE JULIO DE 2021

TEMA

RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ESTAFA ELECTRONICA-PHISHING-BANCOS-RESPONSABILIDAD DEL BANCO-OBLIGACION DE SEGURIDAD

TEXTO

Fallo Comentado: Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Secretaría N° 2 de la Oficina de Gestión Judicial en las Relaciones de Consumo- Juzgado N° 22, "C., R. L. c/ Banco Macro Sociedad Anónima s/ relación de consumo", 12 de julio de 2021.

Introducción.

El reciente precedente a comentar nos introduce en el estudio de la responsabilidad bancaria ante la explosión de estafas electrónicas durante la pandemia, cuyas víctimas resultaron ser -en su mayoría- los consumidores de servicios bancarios. El objetivo de este comentario es centrarnos, una vez más, en los deberes de seguridad que las entidades tienen frente a sus clientes, que en muchos casos no estuvieron a la altura de las circunstancias, lo que originó un enorme problema cuya solución terminó en manos de la justicia.

El fallo.

Como surge de los antecedentes, el caso tiene su origen en la estafa sufrida por una consumidora, a través de la técnica denominada "phishing" (cosecha y pesca de contraseñas(2)) donde un ciberdelincuente logró ingresar a su "home banking", bajo una serie de engaños y manipulaciones, captando fraudulentamente sus datos. De esta forma, una vez en sus cuentas, el tercero solicitó fraudulentamente un préstamo preaprobado y sustrajo dinero propio de la accionante, todo ello sin el consentimiento ni autorización de la actora. A pesar de la denuncia penal efectuada y los numerosos reclamos administrativos ante el Banco, la consumidora sufrió numerosos débitos en su cuenta con motivo a la cuota del préstamo "a un solo click". Inevitablemente, inició la acción legal contra el banco, solicitando como medida cautelar que la entidad se abstenga de efectuar débitos con motivo a las cuotas del crédito, hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión.

La Magistrada de Primera Instancia del reciente Fuero de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dio lugar a la medida cautelar, bajo fundamentos sumamente valiosos.

En primer lugar, efectúa un análisis pormenorizado en materia procesal sobre la procedencia de las medidas cautelares y sus requisitos, los cuales encontró en el caso en cuestión.

En segundo lugar, realiza un recorrido por las distintas comunicaciones emanadas del Banco Central de la República Argentina (en adelante "BCRA"), como Autoridad de Contralor, que hacen referencia a "las obligaciones de las entidades bancarias en miras a garantizar la efectiva protección de los intereses económicos de los usuarios en operaciones de servicios financieros". Es así como hace foco en el Texto Ordenado del BCRA en lo que respecta a los "Requisitos Mínimos de Gestión, Implementación y Control de los riesgos relacionados con Tecnología Informática, Sistemas de Información y recursos asociados para las entidades financieras".

Es así como el fallo resalta las obligaciones que surgen en cabeza de las entidades bancarias a raíz de dicha normativa, como ser:

-Desarrollar, planificar y ejecutar un plan de protección de sus activos,

procesos, recursos técnicos y humanos relacionados con los Canales Electrónicos bajo su responsabilidad, basado en un análisis de riesgo de actualización (...);

-Contar con un programa de concientización y capacitación de seguridad informática anual, medible y verificable, cuyos contenidos contemplen todas las necesidades internas y externas en el uso, conocimiento, prevención y denuncia de incidentes, escalamiento y responsabilidad de los Canales Electrónicos con los que cuentan (...);

-Adquirir, desarrollar y/o adecuar los mecanismos implementados para la verificación de la identidad y privilegios de los usuarios internos y externos, estableciendo una estrategia basada en la interoperabilidad del sistema financiero, la reducción de la complejidad de uso y la maximización de la protección del usuario de servicios financieros (...);

-Garantizar un registro y trazabilidad completa de las actividades de los Canales Electrónicos en un entorno seguro para su generación, almacenamiento, transporte, custodia y recuperación (...).

Cuando nos referimos a la "Concientización y Capacitación", la disposición del BCRA es clara al categorizarlo como "aquel proceso relacionado con la adquisición y entrega de conocimiento en prácticas de seguridad, su difusión, entrenamiento y educación, para el desarrollo de tareas preventivas, detectivas y correctivas de los incidentes de seguridad en los Canales Electrónicos"; lo mismo por lo que se entiende por "Control de Acceso" como aquel "proceso relacionado con la evaluación, desarrollo e implementación de medidas de seguridad para la protección de la identidad, mecanismos de autenticación, segregación de roles y funciones y demás características del acceso a los Canales Electrónicos".

Del mismo modo, la Comunicación obliga a los bancos a implementar "técnicas de detección y prevención de apropiación de datos personales y de las credenciales mediante ataques de tipo 'ingeniería social', 'phishing', 'vishing' y otros de similares características".

La Magistrada también menciona la Comunicación "A" N° 6.878, la cual dispone un punto clave para analizar la responsabilidad de las entidades, donde "deberán adoptarse normas y procedimientos internos a efectos de verificar que el movimiento que se registre en las cuentas guarde razonabilidad con las actividades declaradas por los clientes".

También se menciona la Política "conozca a su cliente" implementada por el BCRA, que impone a los bancos a tomar recaudos especiales a los fines de "minimizar el riesgo" ante determinadas situaciones que deberían resultar sospechosas para la entidad, que por honor a la brevedad nos remitimos.

Otra de las particularidades de este reciente fallo, es la mención a la última Comunicación emitida por el BCRA bajo el N° 7319, que entró en vigencia el pasado 9 de julio de 2021, que dispone: "Para la autorización de un crédito preaprobado la entidad debe

verificar fehacientemente la identidad de la persona usuaria de servicios financieros involucrada. Esta verificación debe hacerse mediante técnicas de identificación positiva, de acuerdo con la definición prevista en el glosario y en el requisito técnico

operativo específico (RCA040) de estas normas. Asimismo, se deberá constatar previamente a través del resultado del proceso de monitoreo y control, como mínimo, que los puntos de contacto indicados por el usuario de servicios financieros no hayan

sido modificados recientemente. Una vez verificada la identidad de la persona usuaria, la entidad deberá comunicarle -a través de todos los puntos de contacto disponibles- que el crédito se encuentra aprobado y que, de no mediar objeciones, el monto será

acreditado en su cuenta a partir de las 48 horas hábiles siguientes. El citado plazo de acreditación podrá ser reducido en el caso de recibirse la conformidad del usuario de servicios financieros de manera fehaciente".

Más allá de las consideraciones que podemos realizar sobre esta nueva disposición -que merece un trabajo aparte- y que su dictado fue con fecha posterior a los hechos, resulta novedosa la reflexión judicial, en cuanto

dispone: "En nada modifica lo expuesto el hecho de que la Comunicación "A" 7319 tenga como fecha de entrada en vigencia el 9 de julio de 2021, ya que la misma pone en evidencia y viene a reconocer las problemáticas referidas a la gestión informática y de seguridad relacionados con el sistema de créditos preaprobados". De esta manera, sienta postura en cuanto a la relevancia de esta reciente medida, que deviene como resultado de una ola de estafas virtuales y la necesidad de ajustar las medidas de seguridad de los bancos, que hasta la fecha no habían implementado cambios de este estilo para frenar los delitos y fue necesario el dictado de una normativa de la Autoridad de Contralor a tales fines.

En tercer y último lugar, cabe destacar el argumento esgrimido en el fallo comentado, en cuanto dictamina que "tampoco, incide la eventual negligencia o inexperiencia de la actora frente al suministro voluntario de datos, ya que la concurrencia eventual de responsabilidades no puede liberar al banco de los deberes generales de seguridad por él debidos". De aquí se puede desprender cómo implícitamente se toma en cuenta la vulnerabilidad de los consumidores hacia la tecnología, en donde un comportamiento inexperto o negligente de los más débiles no debe influir sobre la obligación de seguridad que pesa sobre los bancos como proveedores de servicios financieros, que colocan en el mercado el sistema de home banking que proveen a sus clientes.

Corolario.

Más allá que la resolución judicial en consideración se trata del dictado de una medida cautelar sin que implique una opinión definitiva por parte de la magistrada sobre los hechos que serán objeto de debate y prueba, no podemos ignorar que existe una marcada tendencia en la jurisprudencia -a lo largo de todo el país- de resaltar y poner en valor el deber de seguridad que pesa sobre las entidades bancarias respecto de los usuarios y consumidores.

Notas al pie:

- 1) Gabriela A. Abad, Abogada (UBA). Especialista en Derecho del Consumidor.
 - 2) Borghello, Cristian; Temperini, Marcelo G. I. La captación ilegítima de datos confidenciales como delito informático en Argentina. 41 JAIIO - SID 2012 - ISSN: 1850-2814. Recuperado de http://www.elderechoinformatico.com/publicaciones/mtemperini/JAIIO_DI_Phishing_Camera_Ready.pdf.
- FALLO COMPLETO

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 16 DE JULIO DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

Ref. Jurisprudenciales: "C., R. L. c/ Banco Macro Sociedad Anónima s/ relación de consumo", JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO NRO 22, CABA, 12/07/2021

Un fallo judicial sobre condiciones de hipervulnerabilidad en la relación de consumo

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 27 DE JULIO DE 2021

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-IN DUBIO PRO CONSUMIDOR

TEXTO

Resumen. El fallo judicial que se glosa brevemente en esta oportunidad, aplica con certeza -según entiendo- algunos estándares jurídicos atinentes al derecho consumerista, con particular referencia a los denominados "consumidores hipervulnerables".

La Sala I de la Cám. Fed. de Apelaciones de Bahía Blanca, 'in re': "Inc. Apelación... en autos: "REIMONDI, José Antonio c/ Banco Nación Argentina s/ Ley de Defensa del consumidor", sentencia de fecha 27/05/2021, ratifica una medida cautelar provista en la instancia de grado, en protección a una persona humana reconocida en su carácter de 'consumidor hipervulnerable', dadas las condiciones que señala el tribunal actuante.

En efecto, la resolución apelada ordenaba al Banco demandado abstenerse de efectuar descuento alguno en la cuenta bancaria del actor, respecto de un préstamo obtenido a través del servicio de 'homebanking' de dicha entidad y de una suma extraída de dicha cuenta, hasta el dictado de sentencia definitiva. Los hechos de la causa, relatados sumariamente por el tribunal, son: el actor publicó en internet (en varios sitios) una máquina de cortar pasto (tipo tractor) por una suma determinada. Una persona, que aparentaba estar interesada en la compra de dicha maquinaria, lo contactó, en tal carácter, primero por mensajería interna de 'Facebook', solicitando un número telefónico para las comunicaciones del caso (el sujeto dio número de telefonía móvil desde el que efectuaron el contacto y el nombre de pila del supuesto comprador); mencionó que por una cuestión de seguridad no podría retirar todo el dinero del banco, de modo que le solicitó al vendedor el CBU, a efectos de realizar la transferencia del dinero por un valor parcial (debiendo abonarse el resto al momento de retirar el tractor). Poco después, el supuesto comprador envió una -aparente- constancia de transferencia por dicha suma, pero el actor observó que no estaba acreditada en su cuenta. Ante esto, el supuesto comprador manifestó que no pudo realizar la transferencia porque había un problema "administrativo" con el banco, indicándole que el mismo se podría solucionar con rapidez si se realizaba desde un cajero automático; el actor recibió un e-mail de 'RedLink', diciendo que se comunicaría con él un asesor de dicha red para "realizar la activación" del pago parcial no acreditado en la cuenta. Desde un teléfono determinado se comunicaron con el demandante y le dieron indicaciones de lo que debía hacer en el cajero automático para que se realizara la operación y, siguiendo los pasos que le fueron indicados, franqueó a sus interlocutores sus claves de acceso. Muñido de tales elementos del actor, el supuesto comprador solicitó, entonces, un préstamo personal por una suma determinada, la que transfirió a dos cuentas ajenas al damnificado, radicadas en las provincias de Córdoba y Santa Fe; además, se le extrajo de la cuenta del BNA, otra suma menor en efectivo, movimientos ocurridos en el curso de tres días.

Sin perjuicio del carácter precautorio de la medida solicitada y concedida, de la resolución judicial en comentario surgen algunos caracteres propios del concepto de "consumidor/usuario" en general -y del actor de autos, en particular-, en cuanto 'sujeto tutelado del derecho consumatario' (CONDOMÍ, 12/07/2016). En efecto, se destacan: a) la particular posición de consumidores y usuarios en general, en la relación de consumo, un vínculo de suyo 'asimétrico'; b) tratándose de una persona adulta mayor, en principio, recibe una tutela legal "acentuada" frente al proveedor; c) se agrava aún más la situación del actor, en su carácter de 'veterano de la guerra de Malvinas';

como, asimismo, d) ser persona discapacitada. A estos respectos, el tribunal dijo: "el marco normativo dentro del cual se circunscribe esta medida cautelar (art. 42 de la CN, ley 24.240), revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables"; asimismo: "nos encontramos frente a un adulto mayor, que reviste una especial tutela en razón de la Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Adultas Mayores, la cual reconoce la existencia de una brecha digital generacional (art. 20, inc. d)"; y recordó que el damnificado es "ex combatiente de Malvinas" (RESOL-2020-139-APN-SCI#MDP, art. 2º, i, 8); siendo que, además, "padece serias afecciones de salud por sus actos de servicio prestados en el Conflicto Bélico del Atlántico Sur en 1982", y reviste la condición de discapacitado" (ibíd. arg. art. 2º, d). Se trata, así, de la figura del consumidor/usuario 'hipervulnerable' (MARTORELL, 20/08/2020).

Resulta interesante observar las razones que llevan a la Sala interviniente a confirmar la cautelar dispuesta en la primera instancia. A) 'Fumus boni iuris': considera verosímil el reclamo del demandante dado que éste formuló oportuna denuncia penal, constituyéndose como particular damnificado, se presentó ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor local, acompañó al expediente documentación atinente al caso, comunicó al B.N.A. las actuaciones producidas, destacando el tribunal "diligencia, seriedad y rapidez con que el actor accionó judicialmente" y que el propio banco demandado "no descrea del relato del actor, a quien considera víctima...de la supuesta maniobra ilícita" (aunque, aclara "por su propia negligencia", circunstancia que excede el ámbito de la cautelar). B) 'Periculum in mora': sostiene el tribunal que este requisito se cumple dada la trascendencia económica de los montos descontados de los ingresos del actor; particularmente, tratándose de un estipendio de carácter alimentario (pensión) de baja monta; además, se tiene en cuenta la "superioridad económica" del proveedor/prestador frente al perjudicado, "la parte más vulnerable dentro del vínculo jurídico", en cuya protección se dicta la medida precautoria de autos, debiendo "atenerse a la solución más favorable al consumidor (art. 3, ley 24.240)" -principio particular 'in dubio, pro consummatore', parte del principio general 'pro consummatore'; ver, 'inter alios': CONDOMÍ, 20/10/2011-.

Como se ve, el fallo judicial, objeto de este breve comentario, aun dentro del limitado marco jurisdiccional de la medida precautoria en juego, da cuenta de ciertos estándares jurídicos que, reflexivamente aplicados, orientan con certidumbre la solución del caso individual encuadrado en el marco del derecho tuitivo del consumo.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 27 DE JULIO DE 2021
:
Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.42, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240, LEY 27.360
Ref. Jurisprudenciales: "Inc. Apelación. en autos: Reimondi, Jos, Antonio c/ Banco Nación Argentina s/ Ley de Defensa del consumidor", CAMARA FEDERAL DE APELACIONES DE BAHIA BLANCA. BUENOS AIRES, 27/07/2021

REF. BIBLIOGRAFICAS

-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -primeras aproximaciones-"; 20/10/2011; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF110174.
-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Decimosexta parte (Determinación del concepto de "sujeto de derecho tutelado" en el régimen normativo del consumo)"; 12/07/2016; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF160376.
-MARTORELL, GASTÓN FEDERICO; 'Consumidor "hipervulnerable": una nueva figura jurídica adaptada a los nuevos tiempos'; Abogados.com.ar 20/08/2020.

Las neurociencias y el deber de informar. La imperiosa necesidad de estudiar al sujeto antes de hacer leyes estériles

SHINA, FERNANDO E.

Publicación: www.saij.gob.ar, 19 DE AGOSTO DE 2021

TEMA

NEUROCIENCIA-RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DERECHO A LA INFORMACION-PROVEEDOR DE BIENES Y SERVICIOS-DEBER DE INFORMACION

TEXTO

I) Presentación.

Antes de comenzar a desarrollar esta noción tan importante para el derecho del consumidor nos parece oportuno formular algunas aclaraciones previas. Ello así porque, conforme iremos viendo, vamos a proponer una mirada distinta de la que tradicionalmente se utiliza para examinar el deber de informar.

Nadie puede soslayar que no hay ley, ni reforma legal, ni artículo doctrinario que haya omitido tratar este tema y prometido mejorar la información que reciben los consumidores de bienes y servicios. Esa insistencia, casi neurótica, de llevar adelante permanentes reformas legales que prometen mejorar lo que pronto deben modificar nuevamente, no hace más que resaltar que el problema de la información sigue sin encontrar una solución. Más aún: es bastante probable que cada vez estemos menos informados.

Es por eso que nos propusimos tratar este tema desde un lugar diferente al tradicional.

II. Sobran normas y faltan sujetos.

(i) Presentación: el sujeto y la aversión a la información. Cuando se comienza a estudiar la información, sea como deber de los proveedores, sea como derecho de los consumidores, rápidamente chocamos contra una de sus principales características: la multiplicidad de fuentes legales que se ocupan de consagrar (esa es la palabra exacta) la obligación de informar. Hemos puesto a la información en lo más alto de la cúspide de los deberes de los proveedores y en los derechos de los consumidores.

No obstante, si nos tomamos algo de tiempo para revisar esas fuentes normativas vamos a encontrar un común denominador: todas describen las características que debe tener la información, pero siempre lo hacen en relación a un bien o a la prestación de un servicio, sin ocuparse del sujeto que debe ser informado. Esta situación, que es bastante preocupante, nos permite observar una característica distorsiva, pero cada vez más acentuada en nuestro sistema normativo: la ausencia del sujeto.

La concepción tradicional de la información, que mayoritariamente es seguida por nuestra doctrina, alude en forma permanente a las cosas inseguras, los lenguajes comprensibles, los mensajes veraces, los anuncios precisos y los riesgos abstractos. Sin embargo, no se dice prácticamente nada acerca de la posición del sujeto frente a esa información que debe recibir en su propio beneficio.

Nosotros sostenemos que para entender mejor el fenómeno de la información y su contracara, la desinformación, es preciso, en forma previa, hacernos algunas preguntas que por el momento parece que nadie se ha formulado; saber: (queremos ser informados?; (estamos dispuestos a recibir la información que nos brindan a raudales?; (qué mecanismos de la personalidad actúan para recibir o rechazar la información que nos conviene recibir?.

De nada sirve llenar un prospecto de informaciones útiles que serán

esterilizadas porque nadie las leerá. La información cuidadosamente comprensible y veraz se neutraliza cuando el sujeto la desestima sea por indiferencia, pereza intelectual o ignorancia. Entonces, la pregunta que debemos formular no está relacionada con la cantidad de información exigible, sino con los procesos mentales relacionados con capacidad y la voluntad de recibirla y aprovecharla.

No se trata de informar más coercitivamente, sino de estimular mejor al sujeto para que reciba la información y pueda procesarla provechosamente para sí mismo.

El asunto, como iremos viendo, es mucho más complejo de lo que se supone y esas complejidades psíquicas, propias del ser humano, no se solucionan aumentando los caudales informativos, ni incrementando las sanciones a los proveedores. Los proveedores siempre estarán dispuestos a cumplir normas estériles que no serán exigidas por consumidores sesgados por su propia condición humana.

Dicho en otras palabras: por más que los empresarios informen mucho, si el sujeto le tiene aversión a recibir información, no recibirá la información que se le ofrece. El legislador nacional una y otra vez se desentiende de la estructura psíquica del sujeto y esa indiferencia o ignorancia es un grave problema a la hora de regular el derecho a la información.

Veamos someramente cómo se regula este derecho trascendental en las diversas fuentes legales de nuestro ordenamiento.

(ii) La Constitución Nacional. El art. 42 del Carta Magna postula que "Los consumidores y usuarios tienen derecho... a una información ADECUADA y VERAZ...".

Wajntraub, en la obra que dirigen Sabsay y Manili, describe las confusiones que tratamos de exponer en los párrafos que preceden: "El deber de información es la columna vertebral del derecho del consumidor, en tanto constituye un trascendental instrumento tendiente a conjurar la superioridad ... que suelen detentar los proveedores. En la ley 24.240 este derecho se desarrolla en forma transversal en distintos institutos de lo que dan muestra las numerosas disposiciones donde se lo regula"(1).

Esta concepción es, a nuestro modo de ver, una de las grandes confusiones del derecho del consumidor: suponer que la columna vertebral del sistema está en el deber de informar de los proveedores y no en los mecanismos 'antiinformativos' que casi instintivamente desarrollamos los seres humanos.

Hace años que el Derecho del consumidor está atorado, tratando de resolver las consecuencias de un fenómeno sin poder entender sus causas. Ese malentendido entre las causas y las consecuencias asegura la continuidad del problema.

(iii) La Ley de Defensa del Consumidor. La fuente legal que le sigue en importancia a la CN es la Ley de Defensa del Consumidor.

El art. 4 de LDC dispone que "El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma CIERTA, CLARA y DETALLADA, toda la información relacionada con las CARACTERÍSTICAS ESENCIALES de los bienes y servicios que provee...".

En este caso, y en sentido similar a la mayoría de los doctrinarios, Tambussi, postula que "La importancia que adquiere la información se evidencia en el conocimiento ... es fuente de poder. Es por eso que aquello que suceda en cuanto al acabado cumplimiento de este deber por parte del proveedor tiene relevante significado... Tanto que sin existir el derecho a ser debidamente informado el consumidor tendría una tutela relativa"(2).

Nuevamente se aprecia cómo los autores cargan las tintas sobre el deber de informar de los proveedores y desatienden la condición psíquica de las personas que deben recibir esa información. Nosotros pensamos que la información en sí misma no es la única fuente de poder; ni siquiera es la más

efectiva. Lo que da poder real es conocer los mecanismos mentales que determinan la conducta humana, pues ese conocimiento permite su manipulación de la toma de decisiones.

Veamos esto con un ejemplo que se hizo famoso: el desafío Pepsi vs. Coca. No se trata de analizar la información que emiten las propagandas de esas gaseosas, sino de entender qué le sucede al consumidor de esas bebidas cada vez que las ven en las góndolas de los distintos supermercados diseminados por todo el mundo.

Dan Ariely(3), renombrado profesor americano de psicología del comportamiento, comenta analiza el experimento en el que se estudió la marcada preferencia del público por la Coca-Cola en desmedro de su histórico rival: "Cada vez que una persona recibía un chorro de la Coca-Cola o Pepsi, se estimulaba el centro cerebral asociado a los sentimientos fuertes de conexión emocional, denominado corteza prefrontal ventromedial... Pero cuando los participantes sabían que el chorro era de Coca-Cola ocurría algo más. Esta vez se activaba también el área frontal del cerebro ...un área relacionada con las funciones cerebrales humanas superiores como la memoria temporal, las asociaciones y las cogniciones e ideas del orden superior... la ventaja de Coca-Cola sobre Pepsi se debía a la imagen de la marca de la primera... y no a las propiedades químicas de la bebida... "(4).

La solución al complejo problema de la información, una vez más, está en el estudio de las neurociencias antes que en el dictado de normas cada vez más barrocas y menos eficaces.

No tomamos decisiones de consumo en base a la información que recibimos, sino por impulsos asociados a distintas emociones que se originan en nuestro sistema nervioso central. Esas emociones impulsivas pueden estimularse o deprimirse con bastante facilidad; de hecho, en eso consiste buena parte de lo que conocemos con el nombre genérico de manipulación de la conducta.

Hasta que el Derecho no se ocupe de estudiar seriamente la estructura psíquica de la personalidad, los consumidores no tendrán una tutela efectiva. Peor aún: el Derecho tendrá un gran ausente: el sujeto.

(iv) El Código Civil y Comercial. El CCyC, que es el plexo legal más general y abarcativo de nuestro ordenamiento legal, también incluye disposiciones que regulan las relaciones de consumo (arts. 1092 a 1122 del CCyC).

Dentro de las cuestiones que el Código reguló está el deber de informar.

El art. 1100 del CCyC establece, al igual que la LDC, que la información que el proveedor está OBLIGADO A SUMINISTRAR, debe ser CIERTA y DETALLADA y, asimismo, debe versar sobre las CARACTERÍSTICAS ESENCIALES de los bienes y servicios que ofrece en el mercado.

El apartado final del art 1100 se refiere, por única vez, al sujeto informado. Se establece con relación al consumidor, que la información debe ser gratuita y proporcionada con la CLARIDAD NECESARIA que permita su COMPRENSIÓN.

Leiva Fernández, en la obra dirigida Jorge Alterini, también se refieren al deber de informar contemplado en el art. 1100 del CCyC. Este autor postula, nuevamente, que "El legislador..., establece con el carácter de obligación para el proveedor suministrar información al consumidor, dentro de la relación de consumo.... Utiliza los adjetivos 'cierta' y 'detallada' eliminándose el término de 'clara' que, sin embargo, utiliza más adelante"(5).

De nuevo se aprecia que la información es concebida como una obligación del proveedor que está completamente desvinculada del sujeto que la recibe.

(Es acaso posible informar a quien no quiere ser informado?).

Hasta que no se entienda que la información es un fenómeno complejo, que involucra a los proveedores que deben suministrarla y a los consumidores que

deben recibirla, vamos a seguir modificando leyes y manteniendo el problema de la desinformación.

III. La información en el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor.

Previsiblemente, el último y más avanzado proyecto de reforma de la ley 24.240, tampoco se privó de regular el deber de informar.

Este estatuto, que nosotros consideramos como uno de los proyectos legislativos más regresivos de los últimos cincuenta años, no le dedica uno, sino nueve artículos al deber de informar (Ver arts. 8 a 16, del citado proyecto de ley).

El art. 12 del proyecto, al igual que sus antecesores, describe cómo debe ser la información, disponiendo que ella debe ser CLARA, PRECISA, COMPLETA, VERAZ y COMPENSIBLE. Asimismo, esa información debe recaer sobre las CARACTERÍSTICAS ESENCIALES de los bienes y servicios que se ofertan.

Lo más asombroso es que esta norma avanza sobre todo lo conocido hasta el momento en materia de información y exige que se informen los RIESGOS y las INCERTIDUMBRES.

Para que el lector entienda el tamaño sideral de la incongruencia: se exige a los proveedores que informen con claridad, detalle y precisión, y en forma completa y comprensible, los riesgos (que por definición son una amenaza futura y apenas previsible) y las incertidumbres que, directamente, se definen por la inseguridad e incerteza de su facticidad.

Como era de esperarse, hasta el momento nadie pudo explicar cómo se hace para informar en forma clara y precisa los riesgos y las incertidumbres relacionadas con las cosas y los servicios. El legislador reformista parece ignorar que la incertidumbre es, justamente, la ausencia de esa claridad y precisión que tan torpemente le exige al proveedor.

Y como si todo esto fuera poco, el art. 15 del citado Proyecto sanciona, como infracción autónoma, la sobreinformación.

En sumario: este paródico proyecto de ley le exige a los proveedores que informen con precisión y detalle cuestiones que todos ignoran (los riesgos, las incertidumbres) y, si al cumplir esta tarea, informa de más se lo sanciona como si no hubiera informado nada. Entonces: el proveedor, haga lo que haga, cometerá una infracción y podrá ser multado por el Estado y demandado por el consumidor. De esta manera, el Proyecto legislativo que comentamos logra una tarea que, a priori, parecía imposible en nuestro país: promueve un Estado más grande, más vigilante, más autoritario y, por añadidura, más inútil.

IV. El común denominador del fracaso.

Si se presta atención a las características principales de cada una de las fuentes legislativas que hemos analizado en el tópico anterior, se advertirá que hay un común denominador en todas ellas. En todos los casos la información se limita a las cosas; es decir, se obliga a informar todo lo relacionado con los bienes y servicios que se ofrecen, pero ninguna de las normas se ocupa del comportamiento del sujeto que debe recibir la información que la ley obliga a suministrar. La única excepción, insuficiente por cierto, es el apartado final del art. 1100 del CCyC que alude a la necesidad de que la información sea "...proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión".

Ese es, a nuestro modo de ver, el gran error del Derecho y al mismo tiempo la vía más rápida para repetir fracasos: la descripción de situaciones abstractas y la ausencia de sujetos concretos. Se parte de un sujeto (proveedor) que quiere esconder la información y de otro sujeto (consumidor) que no la comprende.

El Derecho nacional todavía no se puso a pensar que el problema no está ni en la retención de la información ni en la incompreensión de los consumidores,

sino en la manipulación de los comportamientos que CASI TODOS tenemos a la hora de tomar decisiones relacionadas con nuestros consumos.

V. Las neurociencias y la información: en la búsqueda del sujeto perdido.

(i) Presentación. Hace tiempo que decimos que el Derecho no se está ocupando seriamente de la psicología del comportamiento humano, ni estudiando los motivos por los cuales las personas le tienen aversión a recibir información.

La ciencia jurídica, sobre todo en nuestro país, parece ignorar que actuamos con un optimismo más cercano a la ingenuidad que al entusiasmo. Ese optimismo irreal, que muchas veces es incrementado artificialmente por los anuncios publicitarios, aumenta nuestras expectativas favorables hacia los productos que deseamos consumir y, por añadidura, nos aleja de cualquier información que intente equilibrarlo.

El Derecho, en definitiva, permanece en un estado de preocupante ignorancia frente a lo único que debe conocer: el sujeto.

En los párrafos que siguen, intentaremos hacer nuestro pequeño aporte incorporando algunas pautas y pensamientos que tomamos de las neurociencias.

(ii) Las apariencias de la información y paradojas desinformativas. Hablando de apariencias y paradojas, nos parece oportuno resaltar que existe una forma muy extendida de antijuridicidad que se concreta mediante una conducta que, en apariencia, es irreprochable. La paradoja consiste en violar la ley sin cometer acciones antijurídicas. Lo cierto es que no hay una paradoja que ponga en crisis a la filosofía, sino una disimulación de lo real; es decir, un fraude a la ley.

La idea que proponemos analizar se puede reducir a un enunciado bastante simple de comprender. Veamos: el empresario que sabe que la información que ofrece será neutralizada por la indiferencia de quien la recibe sabe, en definitiva, que no está informando nada. Esa información que en definitiva no informa nada es tan antijurídica como la omisión de informar.

Waldo Sobrino, mucho antes que nosotros y haciendo referencia a los contratos de seguro, advertía que si la información no es reforzada por el consejo y aun por la advertencia del proveedor, se corre peligro que ella no produzca el efecto perseguido por la ley: ... profundizando los deberes antes analizados es que, mediante la advertencia, el proveedor debe alertar al consumidor si el bien o servicio que está vendiendo le puede llegar a producir algún perjuicio al cliente(6).

(iii) La información estéril y el fraude a la ley. Esa conducta, que consiste en aparentar informar para lograr desinformar, podría ser considerada un verdadero fraude a la ley en los términos del art. 12 del CCyC. Ello así porque implica que alguien simula estar cumpliendo la obligación de informar sabiendo que ese objetivo no será concretado. Esto significa que se utiliza una apariencia legal para no cumplir la ley. "Esta transgresión puede entenderse vinculada a la obtención de un resultado que infringe el sentido general del ordenamiento jurídico. La realización de acciones que aparecen conformes a la ley no basta por sí sola, pues es ineludible ajustar el comportamiento al Derecho en general y como un todo, dice con razón Highton de Nolasco"(7).

En ese orden de ideas, compartimos la definición formulada por Rivera y Crovi, quienes señalan que: "Denominamos actos en fraude a la ley a los negocios jurídicos aparentemente lícitos, por realizarse al amparo de una determinada ley vigente (ley de cobertura), pero que persiguen la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa (ley defraudada)"(8).

En efecto, la figura del fraude es compleja en tanto requiere el despliegue de acciones de cobertura que brinden un marco de legalidad aparente que permitan, finalmente, violar una ley sin asumir sus consecuencias.

En el caso que examinamos, la apariencia consiste en ofrecer una información irrelevante sabiendo que ella jamás cumplirá su objetivo, sino que va a provocar una mayor desinformación.

Se trata, como bien dice Delia Ferreira Rubio, de una violación legal cometida por vía oblicua: "El fraude a la ley implica la vulneración de una norma prohibitiva por vía indirecta u oblicua, disfrazando de legalidad un acto para eludir la aplicación de la norma que prohíbe precisamente la realización o los efectos de dicho acto. Se viola la prohibición, pero tras la fachada de un acto válido"(9).

La información ofrecida por el proveedor debe ser eficiente y no meramente formal. Otra vez acierta Sobrino cuando postula que: "...sin perjuicio de lo que desarrollaremos más adelante, es que ahora queremos dejar sentado que la clave de bóveda del deber de información es que debe ser eficiente. Es decir... se debe conseguir un efecto determinado"(10).

Otro caso frecuente de fraude a la ley consiste en disimular la existencia de una relación de consumo instrumentando la operación con una obligación cambiaria. Así, un supuesto acreedor cambiario se presenta en los tribunales para ejecutar un pagaré, simulando ajustarse a los términos del decreto ley 5965/1963 y las disposiciones contenidas en los Códigos Procesales, pero violando el art. 36 de la LDC. Y, sobre todo, ocultando que la relación de base es de consumo y, por lo tanto, amparada por los muchos beneficios que emergen de la ley protectoria, 24.240.

(iv) Información eficiente y optimismo desbordante. Como ya fue reseñado, los proveedores que lideran el mercado aparentan informar a su clientela sabiendo que no lo hacen en forma eficiente. En las grandes ligas del marketing, nadie ignora que por más que se pongan en las cajas o en los frascos leyendas con severas advertencias ellas no serán leídas.

El problema más serio es que la falta de voluntad informativa de los proveedores es complementada por los propios consumidores que desprecian la información. Dicho en forma más sencilla: le tenemos aversión a los informes que contrarían nuestras ilusiones embriagadas de optimismo. Y ese voluntarismo engañoso, con el que afortunadamente nacemos, excede a las relaciones de consumo y puede llegar a consumir nuestra limitada razón en los brazos de un amor que imaginamos eterno, pero que pronto es desplazado por la desilusión.

Richard Thaler y Cass Sunstein traen el ejemplo de optimismo matrimonial: "Las personas tienen un optimismo no realista incluso cuando hay mucho en juego. Aproximadamente el 50 por ciento de los matrimonios acaban en divorcio, y éste es un dato que la mayoría de la gente conoce. Pero en el momento de la ceremonia casi todas las parejas creen que las posibilidades de que su matrimonio acabe en divorcio son aproximadamente del cero por ciento, incluso los que ya se han divorciado"(11).

Pero volvamos rápidamente a nuestro mundo leguleyo y pasemos por alto las reflexiones retrospectivas que suelen apenarnos. En materia de seguros, cuyos contratos de adhesión posiblemente sean la bandera insignia en materia de cláusulas abusivas, es muy común que las pólizas contengan cantidades abrumadoras de informaciones irrelevantes que se ponen al comienzo del contrato, dejando para el final la información que realmente les interesa a los usuarios.

La finalidad de esa práctica abusiva, es agotar rápidamente la escasa (nula, en verdad) lectura que los usuarios hacen de los contratos: "En efecto, dichas definiciones son letra muerta, dado que ningún consumidor tiene la expectativa que se le brinde cobertura -p. ej. - de un hecho derivado de una guerra internacional. vinculado con un siniestro con su automóvil o daños que sufre en su domicilio. Peor aún, el único objetivo que se logra es que se refuerza la tendencia que tienen los consumidores a no leer los contratos. . Como consecuencia de ello. solo deberían figurar las expectativas que tengan los asegurados que puedan resultar de interés, ora por su aspecto cuantitativo, ora por su análisis cualitativo", dice con razón Sobrino(12).

Al igual que en el ejemplo del tenista amateur, que compra la misma raqueta que usa su ídolo y paga por ella un precio mucho más elevado que el necesario para adquirir una raqueta acorde con su nivel de juego, los clientes de cualquier producto están dominados por un optimismo impulsivo que los lleva a rechazar la información razonable.

Este optimismo irracional e impulsivo, que algunos estudiosos denominan 'tentación', es prácticamente imposible de controlar mediante informaciones formales. Una vez que fuimos empujados a los abismos de las tentaciones no hay información que pueda detener el impulso.

Richard Thaler (Premio Nobel de economía 2017) estudió estos impulsos no racionales y concluyó que "Los problemas de autocontrol combinados con la decisión irreflexiva tienen malas consecuencias para la gente real. Millones de personas todavía fuman a pesar de que está demostrado que fumar tiene consecuencias terribles para la salud y, lo que es más significativo, la gran mayoría de los fumadores afirma que les gustaría dejarlo. Casi dos tercios de los estadounidenses tiene sobrepeso o están obesos. Muchas personas nunca llegarán a suscribir el plan de pensiones de su empresa, aunque cuenten con importantes ayudas"(13).

No se trata de informar a destajo, sino de analizar los aspectos más importantes de la estructura psíquica de los sujetos y de saber que la conducta impulsiva prevalece sobre la reflexiva.

El inconsciente, del que poco se habla en nuestras escuelas de derecho, tiene sobre nuestra conducta mucha más preponderancia que la que estamos dispuestos a aceptar. Sin embargo, nuestra voluntad y nuestra libertad están limitadas por fuertes tendencias inconscientes que, por suerte, no podemos controlar. Empero, negar o subestimar la importancia del inconsciente nos hace todavía menos libres y más fáciles de manipular.

La manera de romper las paradojas de una información que desinforma al consumidor y desobliga al proveedor, no es acentuar el volumen de la obligación, sino reconducirla para lograr que ella se convierta en la severa advertencia que el empresario les hace a sus propios clientes.

En sumario; pensamos que para informar correctamente es preciso achatar el optimismo del consumidor; hacerle entender que, por más que compre la raqueta más cara del negocio, su nivel de juego seguirá siendo mediocre en el mejor de los casos.

El problema no está en la raqueta que se compra, sino en las expectativas que el sujeto tiene, no solo con relación a ese instrumento, sino también a sus propias habilidades tenísticas.

No se trata de informar las cualidades de la raqueta, sino de trabajar sobre los factores emocionales del sujeto. La persona que imagina que juega como Roger Federer estará dispuesta a un precio demencial por un par de zapatillas, por más que la Ley de Defensa del Consumidor obligue al comerciante a extremar las informaciones sobre ese producto. El comerciante, le dará todas las informaciones exigidas por la ley y el consumidor de ensoñaciones pagará el precio exigido por el mercado.

Se intenta combatir las tentaciones impulsivas con informaciones racionales y ese camino tiene un único final previsible y repetido: el fracaso.

El Derecho conoce el problema, pero no acierta en las soluciones. En ese sentido, resulta interesante el planteo que hace Wajntraub, citando a De Lorenzo, cuando señala que "El proceso de inducción a la compra ha tomado sesgos aún más invasivos para el consumidor a través de un fenómeno ... conocido como 'ventas agresivas'..., caracterizadas como estrategias de comercialización a escala... valiéndose de métodos agresivos como el acoso negocial o la técnica de tentación"(14).

La descripción del problema que realiza Wajntraub es perfecta: estamos a

merced de una planificación comercial masiva que funciona por oferta -y no por demanda - de bienes y por la tentación de un consumidor impulsivo, debidamente manipulado.

El problema del problema, sin embargo, no está en su descripción, sino en las herramientas que se utilizan para superarlo. Es ahí donde disentimos de la propuesta de Wajntraub que señala que "... para enfrentar estas modalidades de captación, urgió al Derecho del Consumidor a generar técnicas propias de tutela... basadas en el incremento de los deberes de información y en el control de las nuevas patologías ... como el abuso de posición dominante y el vicio de sorpresa"(15).

Nuevamente se ataca el problema incrementando el deber de informar, pero sin ocuparse de la estructura psíquica y emocional del sujeto que, por regla, rechaza sistemáticamente esa información. No se trata de informar racionalmente, sino de achatar el optimismo irracional que domina a la criatura humana.

Pero, (qué empresario estaría dispuesto a achatar el optimismo de sus clientes sabiendo que ellos quieren intensificar sus ilusiones?. Ellos, sin dudas, prefieren seguir cumpliendo a rajatabla las exigencias de una ley estéril que contrariar el deseo de un cliente dócil y fácil de manipular.

Notas al pie:

- 1) Wajntraub, Javier, en Sabsay - Manili, Constitución de la Nación Argentina..., T 5, p. 312.
- 2) Tambussi, Carlos (Dir.), Ley de defensa del consumidor..., p. 73.
- 3) Dan Ariely, Nueva York, Estados Unidos; 29 de abril de 1968, es un catedrático de psicología y economía conductual nacido en Estados Unidos y criado en Israel. Enseña en la universidad de Duke y es el fundador del centro de la retrospectiva avanzada. Ganador del Premio Ig Nobel de Medicina en 2008. (https://es.wikipedia.org/wiki/Dan_Ariely, fecha de captura: 18/08/2021).
- 4) Ariely, Dan, Las trampas del deseo, Francisco J. Ramos (trad.), Ariel, Barcelona, 2009, p. 185.
- 5) Leiva Fernández, Luis, en Alterini, Jorge H., (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial..., T V, p.898.
- 6) Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial..., p.83.
- 7) Highton de Nolasco, Elena Inés, Título Preliminar del Código civil y Comercial. Principios Generales del Derecho Argentino, Santa Fe Rubinzal-Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo, 2015, Cita: RC D 1011/2017.
- 8) Rivera - Crovi, en Rivera - Medina (Dir.), Derecho Civil y Comercial, Parte General,... p. 73.
- 9) Ferreira Rubio, Delia en, Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 1A,...p. 158).
- 10) Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial..., p.85.
- 11) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, Belén Urrutia (trad.), Buenos Aires, Taurus, 2018, p. 49.
- 12) Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial..., p.97.
- 13) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, Belén Urrutia (trad.), Buenos Aires, Taurus, 2018, p. 61.
- 14) Wajntraub, Javier, Régimen jurídico del consumidor..., p. 171.
- 15) Wajntraub, Javier, Régimen jurídico del consumidor..., p. 171.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 19 DE AGOSTO DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.12, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1092 al 1122, Constitución de la Nación Argentina Art.42,

Decreto Ley 5.965/63, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.36, Ley 24.240

Neurociencias & Derecho del consumidor. El crédito, el sobreendeudamiento y el consumo. Primera Parte.

SHINA, FERNANDO E.

Publicación: www.saij.gob.ar, 19 DE ABRIL DE 2021

TEMA

NEUROCIENCIA-RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-CONTRATOS DE ADHESION-TARJETA DE CREDITO

TEXTO

A) Las neurociencias y su aporte al Derecho del consumidor.

I) Una aclaración previa.

Para poder examinar todos los aspectos relacionados con el consumo de bienes y servicios, los créditos que sostienen ese consumo y el fenómeno del sobreendeudamiento, vamos a dividir este trabajo en dos partes.

En esta primera presentación, vamos a desarrollar las cuestiones más generales y teóricas relacionadas con el fenómeno crediticio. Acá se verá con más detalle el impacto que las neurociencias suponen para el derecho privado y su concepción más tradicional.

En una segunda entrega, que estimamos de muy pronta aparición, vamos a realizar un extenso comentario de la ley positiva vigente en la materia (art. 36 de la LDC) y el estado actual de la jurisprudencia. En esa segunda presentación ofreceremos un análisis del llamado 'pagaré de consumo' y el fraude legal que esa figura supone en cualquiera de sus formulaciones.

Comencemos, ya sin demoras, el desarrollo de los contenidos propuestos en esta primera parte.

II) Presentación.

Como todos sabemos, la gran mayoría de los contratos que se celebran en nuestros días son de consumo o de adhesión, siendo lo más probable que sean ambas cosas.

Esto significa que los negocios jurídicos de consumo están contenidos en contratos predispuestos por el proveedor que no pueden ser modificados por el adquirente. Esto implica, por añadidura, que, en su gran mayoría, los contratos se concretan sin intervención de la voluntad de una de las partes.

Hace varias décadas que la negociación paritaria dejó de ser preponderante a la hora de configurar los negocios jurídicos. En la actualidad, el mercado es impulsado por dos motores mucho más poderosos que la voluntad de los contratantes, a la cual el derecho parece estar aferrada. Ellos son: (a) la publicidad, que siempre apunta a los sesgos cognitivos; (b) el crédito que hace posible que podamos comprar lo que nos sería imposible sin 'ayuda' financiera.

Para comprender todo esto más acabadamente, es necesario que el Derecho y la ciencia jurídica le abran las puertas a otras ciencias como la sociología jurídica, la psicología social y las neurociencias aplicadas. Como bien señala Francisco Ferrer Arroyo, esos conocimientos, novedosos, para el derecho, brindan "un panorama . no especulativo sobre la realidad social. También lo hacen sobre el comportamiento humano en sociedad, sus motivaciones, sus deseos, sus miedos, etc. y tendría que ser a partir de estos conocimientos científicos que el legislador debería elaborar sus proyectos de ley"(1).

Es cada vez más difícil de entender los motivos por los que siguen haciendo leyes "nuevas" que prescinden de estas ciencias y que recurren siempre a los mismos juristas que, por supuesto, siempre dicen las mismas cosas y, naturalmente, elaboran leyes que repiten fracasos legislativos. Es que, como

dice Ferrer Arroyo, ese aislamiento del jurista perjudica la eficacia de las normas que elabora: ".al actuar sin conocimientos científicos del comportamiento humano, hace que se opere en el vacío y, por eso, muchas buenas intenciones plasmadas en leyes suelen acarrear resultados inesperados o ineficientes"(2).

En sumario: es necesario sacar al derecho nacional de su ostracismo narcisista.

III) El crédito y el consumo de ofertas que nadie demanda.

La comercialización masiva de bienes y servicios (ByS) tiene características especiales a partir de las cuales se organizan las sociedades de consumo como la nuestra. Este tipo de organización, a pesar de ser ampliamente difundida en todo el mundo, es traumática para el sujeto porque está pensada para satisfacer el desarrollo de las corporaciones dominantes del mercado mucho antes que la dicha de los individuos.

Michael Sandel (Ciencias Políticas - Universidad de Harvard) advierte que vivimos una época excesivamente consumista en la que todo puede comprarse y venderse siendo muy difícil explicar cómo llegamos a este punto en el cual los mercados dominan al sujeto.

Para el citado autor, hemos pasado de sostener las llamadas economías de libre mercado a ser una sociedad organizada en función de las necesidades del mercado. "La diferencia es esta: una economía de mercado es una herramienta - una herramienta valiosa y eficaz - para organizar la actividad productiva. Una sociedad de mercado es una manera de vivir en la que los valores mercantiles penetran en cada aspecto de las actividades humanas. Es un lugar donde las relaciones sociales están hechas a imagen del mercado"(3).

Coincidimos en este primer análisis del autor: en la sociedad de consumo moderno tienen más chances de prosperar las empresas que de ser felices los individuos que demandan sus productos ((demandan sus productos?).

Esta situación, que describe un mercado dominante y un sujeto sumiso, fue explicada por Atilio Alterini en un brillante artículo denominado El consumidor en la sociedad posmoderna (Thompson Reuters, 2001). Hace más de veinte años, Alterini ya nos señalaba que el consumo es inducido sin que la voluntad del sujeto tenga demasiada participación en el negocio. Se consume porque las corporaciones en forma incesante nos ofrecen todo tipo de bienes y servicios y no porque ellos sean realmente demandados por los consumidores. Esto significa que en el acto de consumir no prevalece la necesidad insatisfecha del consumidor, sino la rentabilidad insaciable de los productores.

En el citado artículo doctrinario, Alterini postulaba: "Por otra parte, y en sentido contrario a lo que ha sido propio del mercado clásico, en la actualidad la producción no es una consecuencia necesaria de la demanda. Tradicionalmente, la demanda de cierto producto o servicio antecede a la oferta, y ésta atendía las necesidades insatisfechas. Ahora, en cambio, el productor procura crear las necesidades en el público, orientándolo para que compre productos que, unilateralmente, ha decidido poner en el mercado. A tal fin, provoca una estimulación de la demanda mediante la publicidad; de modo que, en la realidad de los hechos, quien decide qué va a ser consumido es el productor y no el consumidor"(4).

El consumo por oferta y no por demanda es una de las cuestiones más distorsivas del mercado. En ese orden, Sandel señala que: "La intromisión de los mercados, y del pensamiento orientado a los mercados, en aspectos de la vida tradicionalmente regidos por las normas no mercantiles es uno de los hechos más significativos de nuestro tiempo"(5).

Otro de los juristas que se ocupó de estos temas fue Ricardo Lorenzetti quien, unos años atrás, señalaba que la comercialización actual tiene características especiales que se fueron acentuado con el correr del tiempo y que no parecen que vayan a retroceder en el futuro. Se dejó de lado, señala Lorenzetti, el modelo tradicional en donde había un contratante interesado en

adquirir un bien y servicio determinado. Para este jurista, el deseo de consumir del individuo fue sustituido por la creación artificial de una necesidad de consumo: "La demanda es creada por la publicidad, el marketing, los atractivos como el sorteo, la conexión entre bienes de distinta naturaleza, la creación de situaciones jurídicas de cautividad. 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"(6).

Lo que pone en marcha el aparato productivo no es el deseo de los sujetos de adquirir bienes sino la oferta de esos productos que se realizan a través de campañas publicitarias. Es lo que tan bien definía Lorenzetti como la situación jurídica de cautividad que padecemos por el solo hecho de habitar la sociedad de consumo. "Si se compra hubo una publicidad porque se desea un estatus particular al que va asociado el producto.porque se está en una situación de cautiva que obliga a comprar", dice acertadamente Lorenzetti para cerrar la idea(7).

IV) El crédito y las trampas del sobreendeudamiento.

En adición a lo dicho en el tópico que antecede, debe señalarse que la mayoría de las ofertas que se lanzan al mercado (por no decir todas) vienen acompañadas por tentadores y accesibles créditos que, inevitablemente, ocasionan un endeudamiento imprudente para el tomador de esos préstamos.

En la página oficial del Ministerio de Economía de la Nación se da información precisa del sobreendeudamiento. Según esta página oficial, un estado financiero que acontece cuando una persona no tiene o no puede generar suficientes ingresos para cumplir con el pago de las deudas contraídas. Esa situación de ingresos insuficientes puede darse por dos motivos; a saber: a) las deudas tomadas superan los ingresos regulares del tomador del crédito; b) la pérdida repentina de trabajo, u otros acontecimientos que determinen la abrupta caída de los ingresos habituales. En general, es prudente que el endeudamiento no supere el 40% de nuestros ingresos mensuales(8).

La situación en Argentina, antes de la pandemia mundial del coronavirus era preocupante y luego, la cuarentena implementada por el Gobierno agravó dramáticamente esta situación.

Alberto Biglieri (Consejero, Consejo de la Magistratura, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires), aporta datos estadísticos relacionados con la gravísima situación de sobreendeudamiento que padecen las familias argentinas. Entre otras cosas, en su columna del 27 de mayo de 2020, Biglieri revela que: En el "II Informe de Inclusión Financiera" (abril 2020) del BCRA se percibe que el 51% de los consumidores tenía por lo menos una financiación para septiembre de 2019. En los últimos meses, aumentó la cantidad de personas humanas con deuda en situación irregular (con atrasos superiores a 180 días en el cumplimiento de sus obligaciones). Pronostico que, pasada la pandemia, estas estadísticas nos harán añorar como en la coplas de Manrique, porque a nuestro parecer, todo tiempo pasado fue mejor. La acentuada crisis económica y la caída de ingresos durante la cuarentena propiciaron un peor escenario. Sólo en abril, 8 de 10 familias no pudieron hacer frente a sus obligaciones o se atrasaron en los pagos, generando un fuerte endeudamiento a pesar de los paliativos y congelamientos dispuestos por las autoridades"(9).

En otras palabras: aproximadamente el 80% de las familias argentinas padecen alguna forma de sobreendeudamiento que dificulta, o directamente hace imposible, que puedan pagar las deudas que sobre ellos pesan.

Por su parte Lorenzetti también advierte esta situación que describe una emboscada casi perfecta entre la oferta de crédito y el sobreendeudamiento pandémico de la población.: "El deudor del sistema financiero padece de una omisión informativa relevante en cuanto no se le da noticia acabada de cuál es en realidad su nivel de endeudamiento, sino que se lo induce a asumir deudas, mediante una sofisticada maquinaria de publicidad inductiva. Este elemento es decisivo a la hora de juzgar las decisiones que ha tomado en el acto de endeudarse, siempre que no sea una profesional con capacidad para asesorarse. Por esta razón, la temática del sobreendeudamiento del consumidor ha tenido

mucho desarrollo en el Derecho Comparado"(10).

El sobreendeudamiento es un problema internacional. El Premio Nobel de Economía, Richard Thaler y Cass Sunstein, en un famoso libro que escribieron juntos, se ocupan de este problema, haciendo foco en las tarjetas de crédito. Ellas, sin dudas, constituyen la principal herramienta que utilizamos para tomar deuda cuando estamos escasos de liquidez y sedientos de consumo: "La tarjeta de crédito es un elemento ubicuo en la vida moderna. Es casi imposible funcionar en la sociedad sin tener una. algunos investigadores sugieren que los hogares estadounidenses pueden tener una deuda media con sus tarjetas de crédito de 12.000 dólares"(11).

En conclusión: el comercio electrónico, la publicidad y los créditos de consumo están en la base de la comercialización masiva y eso alteró, definitivamente, la forma y los hábitos de consumo de todos nosotros.

Ese cambio, además, respondió a las necesidades de las grandes corporaciones que dominan el mercado y no al deseo de un individuo que cada vez aparece más aislado, más consumista y menos dichoso.

V) Las tarjetas de crédito inteligentes: (es posible controlar la tentación de gastar más de lo debido?).

No son pocos los autores que se ocupan de estos temas, más allá de la estrecha frontera del derecho.

Dan Ariely (Nueva York, 29 de abril de 1968) es un catedrático de psicología y economía conductual que actualmente enseña en la universidad de Duke. Ariely. Como dato anecdótico de la biografía de este notable científico de renombre internacional, cabe agregarse que comenzó siendo profesor de física y matemáticas en la Universidad de Tel Aviv, pero en los últimos años se dedicó exclusivamente a la psicología y obtuvo un doctorado en psicología cognitiva.

Los libros de Ariely, (casi todos traducidos al español) invitan a una lectura sencilla y entretenida que nos muestra, con cientos de ejemplos y experimentos, nuestro comportamiento frente al deseo de consumir y a las tentaciones del consumo(12).

A esta altura del desarrollo de las neurociencias, nos parece imposible que se intente explicar el negocio del crédito y, sobre todo, la usura del sobreendeudamiento, sin estudiar la psicología cognitiva que hoy se enseña en las mejores escuelas de Derecho del mundo(13).

Una buena fórmula para mejorar el control de nuestros gastos sería que tuviéramos disponible la opción de limitar voluntariamente sus gastos mensuales. Así, en el contrato de adhesión podría pactarse que, más allá de los límites crediticios concedidos por la entidad emisora, el cliente manifiesta que durante cada período mensual no podrá realizar consumos que excedan del monto de \$ XXX. Una vez alcanzado ese límite, las compras posteriores serán rechazadas usando la leyenda: 'excede el monto permitido por el cliente, u otra similar que denote la existencia de un mecanismo de autocontrol y no una fragilidad de la solvencia patrimonial. Esto último es muy importante porque debe quedar claro que no es un problema de solvencia patrimonial, sino de control emocional del gasto.

Esta idea, que tomamos del excelente libro de Dan Ariely implica la creación de tarjetas de crédito inteligentes diseñadas a la medida de nuestro presupuesto y también de nuestra estructura opsíquica: "Hace tiempo empecé a imaginar una clase distinta de tarjeta de crédito: una tarjeta autocontrolable, que permitiera a la gente restringir su propio comportamiento a la hora de gastar. Los usuarios podrían decidir por adelantado cuánto dinero podían gastar en cada categoría de productos en cada tienda y en cada período de tiempo"(14).

Estamos hablando de la creación de tarjetas de crédito verdaderamente inteligentes y útiles para los consumidores (la mayoría) con un sistema de autocontrol deficiente.

Sin embargo, dudamos que los bancos emisores acepten la creación de ese tipo de instrumentos. A modo de cierre, vamos a transcribir una cita textual del libro de Ariely, en la que nos cuenta cómo le fue cuando le explicó su idea a un grupo de banqueros reunidos en New York: "Ahora estaba preparado el terreno, y yo empecé a escribir la idea de la tarjeta de crédito autocontrolable como una forma de ayudar al consumidor a gastar menos y ahorrar más. Al principio me pareció que los banqueros se quedaban un poco perplejos, ya que estaba sugiriéndoles nada menos que ayudar a los consumidores a controlar sus gastos. (Acaso ignoraba que los banqueros y las tarjetas emisoras de tarjetas de crédito estadounidense ganaban 17.000 millones de dólares al año gracias a los intereses de dichas tarjetas? "(15).

Nuestro muy estimado autor, luego de dar estas explicaciones a los ejecutivos del sector financiero, nos cuenta cuál fue el resultado de esa entrevista: "El caso es que no volvieron a llamarme. Puede que les preocupara la posibilidad de perder los 17.000 millones de dólares en intereses, o puede que simplemente fuera culpa de nuestra vieja amiga la desidia. Pero la idea de la tarjeta de crédito autocontrolable sigue ahí, y tal vez un día haya alguien que dé el siguiente paso"(16).

Quizás seamos nosotros quienes podamos dar el siguiente paso para concretar esta excelente idea de Dan Ariely y que nosotros, admirativamente, nos limitamos a compartir con nuestros lectores.

Notas al pie:

- 1) Ferrer Arroyo, Francisco J, *Psicología y neurociencias jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 78.
- 2) Ferrer Arroyo, Francisco J, *Psicología y neurociencias jurídicas...* p. 78.
- 3) Sandel, Michael, *Lo que el dinero no puede comprar*, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Buenos Aires, Debate, 2013, p. 18.
- 4) Alterini, Atilio Anibal, *El consumidor en la sociedad posmoderna*, Buenos Aires, La Ley, 1196-E, 818, RCyS 2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001).
- 5) Sandel, Michael, *Lo que el dinero no puede comprar, ...*, p. 15.
- 6) Lorenzetti, Ricardo Luis, *Fundamentos del Derecho privado*, Buenos Aires, LA Ley, 2016, p. 311.
- 7) Lorenzetti, Ricardo Luis, *Fundamentos del Derecho privado...*, p. 311.
- 8) Ver <https://www.argentina.gob.ar/inclusion-financiera/personas/deudas/sobreendeudamiento#:~:text=El%20sobreendeudamiento%20es%20el%20estado,tanto%2C%20no%20las%20pueden%20costear>, fecha de captura: 12/01/2021.
- 9) <https://consejo.jusbaires.gob.ar/otra-deuda-consumidores>, fecha de captura: 12/01/2021.
- 10) Lorenzetti, R., *Consumidores...*, p. 75.
- 11) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*, Belén Urrutia (trad.), Buenos Aires, Taurus, 2018, p. 164 - 165).
- 12) En ese sentido, nos permitimos sugerir la lectura de las siguientes obras de Dan Ariely: *Las trampas del deseo; Las trampas del dinero y Por qué mentimos*.
- 13) El lector interesado en estos temas puede consultar nuestra obra *Las Neurociencias en la actuación profesional*, T 1 y 2, Editorial Hammurabi, donde los hemos desarrollado más extensamente.
- 14) Ariely, Dan, *Las trampas del deseo, ...* p.141.
- 15) Ariely, Dan, *Las trampas del deseo, ...* p.143.
- 16) Ariely, Dan, *Las trampas del deseo, ...* p.144.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 19 DE ABRIL DE 2021
:
Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240 Art.36

En los Accidentes de Tránsito siempre se aplica la Normativa del Consumidor (o preguntamos (se aplica el Código Civil y Comercial a los Seguros?))

SOBRINO, WALDO AUGUSTO

Publicación: www.saij.gob.ar, 27 DE ABRIL DE 2021

TEMA

SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL-ACCIDENTE DE TRANSITO-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Ponencia presentada al XVII Congreso Nacional de Seguros Mendoza, 2, 3 y 4 de Mayo de 2018 - Comisión N° 2: Seguro de Responsabilidad Civil.

Abstract:.

El Art. 68 de la Ley 24.449 ordena que siempre, en forma obligatoria, debe contratarse un Seguro de Responsabilidad Civil para accidentes de tránsito. Obvio es señalar que el 'asegurado' es un 'consumidor' según las pautas legales del Art. 1.092 del Código Civil y Comercial (y Art. 1º, Ley de Defensa del Consumidor).

Al ser la 'Víctima de un siniestro' un 'tercero beneficiado' como 'destinatario final' de una 'relación de consumo', es que se trata de un 'consumidor' de seguros.

Como consecuencia de ello (y más allá de la postura que se adopte respecto a las 'víctimas de accidentes de tránsito'), es que al ser el 'asegurado' un 'consumidor', de manera ineluctable, en todos los accidentes de tránsito (donde existe un seguro de responsabilidad civil), se debe aplicar la Normativa del Consumidor.

1) Introducción: tratando de evitar un 'guerra de etiquetas':.

1.1) La sociedad en general y los abogados en particular, solemos establecer etiquetas (o distinciones legales, o naturalezas jurídicas, etc.), que en muchos casos sirven para sistematizar temas o analizar cuestiones.

Si bien en varias oportunidades ello puede generar estudios más organizados, es que en otras situaciones puede convertirse en una 'guerra de etiquetas'. Y, ello genera el gran riesgo que -en definitiva- la doctrina termine discutiendo la etiqueta (v.gr. el nombre formal) y se nos pueda estar escapando el análisis del contenido.

1.2) Quizás (solo quizás) el título del presente trabajo "En los accidentes de Tránsito siempre se aplica la Normativa del Consumidor" puede llegar a ser una de dichas discusiones de etiquetas.

Ello podría ser así, dado que algún doctrinario, con todo derecho, podría llegar a pensar que en los accidentes de tránsito se aplica la Ley de Seguros y no la Normativa del Consumidor, dado que la víctima de un siniestro de tránsito, sería un tercero extraño que no reviste la categoría de consumidor.

1.3) Si bien es cierto que en los accidentes de tránsito se aplica la Ley de Seguros, es que entendemos que también se aplica la Normativa de Consumidores, incluida en la Ley de Defensa del Consumidor y -muy especialmente- en el Código Civil y Comercial (1).

Así, plantearemos nuestra idea, tratando de escapar de una posible guerra de etiquetas e intentando bucear en el fondo del asunto, aplicando la normativa vigente.

2) El 'Asegurado' es un consumidor (Art. 1.092 del Código Civil y Comercial):.

2.1) Comenzaremos el análisis de la cuestión más sencilla y donde entiendo que no habría diferencias doctrinarias, en el sentido que el asegurado es un consumidor. En efecto, el Art. 1.092 ordena que son consumidores todas las personas físicas o jurídicas que adquieren o utilizan bienes o servicios como destinatario final.

2.2) De esta forma queda claro que el asegurado que contrata (a través de un

contrato de consumo -Art. 1.093 del Código Civil y Comercial-) un seguro con una Compañía de Seguros (v.gr. un Proveedor -Art. 1.093-), reviste la categoría de consumidor de seguros.

Y, obvio es decirlo, el asegurado (v.gr. consumidor de seguros), sigue manteniendo dicha categoría legal, en todos los aspectos que lo relacionan con la Compañía de Seguros, incluso -por supuesto- cuando existe un proceso judicial, en el cual el asegurado (consumidor) es demandado por un accidente de tránsito.

2.3) Por ello, la primera conclusión preliminar es que si el asegurado es un consumidor a quien se aplica la normativa de consumidores, también cuando tiene un proceso judicial, es que: en los accidentes de tránsito siempre se aplica la normativa del consumidor.

3) Las tres (3) partes diferenciadas en un juicio de accidente de tránsito:.

Dado que el objeto del presente trabajo es el análisis de la normativa aplicable en un juicio de accidente de tránsito, donde exista un seguro de responsabilidad civil de automotores, es que seguidamente haremos una muy breve descripción de las -por lo menos- tres (3) partes que intervienen en el proceso judicial (2).

3.1) Víctimas del siniestro de automotores: en primer lugar, se debe recordar la situación del damnificado de un accidente que formula el reclamo para obtener la indemnización.

Atento que la cuestión si la víctima de accidentes de tránsito, puede ser considerado un consumidor de seguros, es que el tema va a ser desarrollado más adelante.

Así, señalamos que el Art. 68 (Ley 24.449), ordena que se tiene que proteger a todas las víctimas de accidentes de tránsito, en su carácter de transportados o no transportados.

Por ello, solo diremos que merced a impropias reglamentaciones de la Superintendencia de Seguros la Nación, se ha intentado restringir ilegalmente la cobertura, estableciendo ridículas exclusiones, como por ejemplo las referidas a los parientes o -incluso- la más reciente y sorprendente exclusión de las "...personas que tengan 'trato familiar ostensible'..." (Resolución 65-E 2018, de fecha 25 de Enero de 2018, dictada por la Superintendencia de Seguros de la Nación).

3.2) Asegurado: en segundo término, se debe recordar que en el proceso judicial, se demanda al asegurado, en los términos del Art. 1.769 del Código Civil y Comercial, donde se establece que en los Accidentes de tránsito, se debe aplicar la responsabilidad objetiva.

3.3) Compañía de Seguros: en tercer lugar, se debe señalar la participación de la Aseguradora que es Citada en Garantía según las pautas del Art. 118 de la Ley de Seguros (Ley 17.418).

Más allá que la mayoría de la doctrina afirma que se trata de una acción directa no autónoma, es que tan sólo diremos que en nuestra opinión, la víctima de un accidente de tránsito frente a la Compañía de Seguros realiza el ejercicio de un derecho propio.

4) Los dos (2) intereses legales en los procesos judiciales por siniestros viales:.

4.1) Hay un tema que si bien fue estudiado por la doctrina, es que entendemos que en la hechos ha sido soslayado y dejado de lado en la práctica tribunalicia.

Nos referimos a que en todos los procesos judiciales de accidentes de tránsito, existen dos (2) intereses legales (o dos reclamos) diferentes, que en algunos casos pueden ser contrapuestos.

4.2) En efecto, en todos los juicios de accidentes de tránsito:

(i) por un lado, existe una acción de la víctima contra el asegurado (con la pretensión de obtener una indemnización); y.

(ii) por otro lado, otra acción del propio asegurado contra la Compañía de Seguros (para que cumpla con la obligación de indemnidad).

Es decir, como enseña nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos caratulados "ARCADIA vs. HESSLEGRAVE" (3), dictado con fecha 22 de Mayo de 1986:.

"...la citación en garantía a instancia del asegurado no se reduce a una mera llamada a la causa al asegurador, sino que implica el ejercicio de una acción contra este último".

Agregando nuestro Tribunal Cintero que:.

"...en otras palabras, ante el mismo juez se esgrimen dos pretensiones. Una, la del damnificado contra el presunto responsable civil. Otra, la de éste contra su asegurador..."

4.3) O, para decirlo con las profundas enseñanzas de Juan Carlos Félix Morandi (4), se puede recordar que "...un mismo hecho dañoso cubierto por un seguro de responsabilidad civil da lugar al nacimiento de dos obligaciones: una, del asegurado responsable frente al damnificado; otra, del asegurador respecto del asegurado..."

4.4) Volvemos a recordar lo antes expuesto, en el sentido que en la relación entre el asegurado y la Compañía de Seguros, el asegurado es un consumidor y que -por tanto- obviamente se aplica la Normativa de Consumo.

5) Las Víctimas de Accidentes de tránsito son consumidores de seguros:.

5.1) De acuerdo a las pautas del Art. 1.092 del Código Civil y Comercial se puede señalar que: las Víctimas de Accidentes de Tránsito son Consumidores.

Para ello debemos recordar que el Art. 1.092 del Código Civil y Comercial, que ordena: "...se considera consumidor a la persona...

que...utiliza...servicios como destinatario final, en beneficio propio..."

5.2) Así entonces, es que siguiendo las directivas del Art. 1.092 del Código Civil (5), debemos analizar dos (2) cuestiones básicas:.

- quién es el beneficiario directo (del seguro obligatorio de responsabilidad civil de automotores).

- quien es el destinatario final (del seguro obligatorio del Art. 68 de la Ley 24.449).

6) "Beneficiario Directo":.

6.1) En los seguros de responsabilidad civil de carácter "Voluntarios" se podría sostener que el beneficiario directo es el propio asegurado, dado que - voluntariamente- contrata el seguro para proteger su patrimonio.

6.2) Pero, en los seguros "Obligatorios", aunque el asegurado no quiera, igualmente se ve legalmente constreñido a la contratación del seguro.

Ello implica que si el Estado establece el carácter obligatorio (incluso a pesar que el propio asegurado no quisiera contratarlo), es que la normativa del Art. 68 (Ley 24.449), tiene en miras, en forma casi excluyente a: las Víctimas de Accidentes de tránsito.

6.3) Como sencillo ejemplo que el beneficiario directo del seguro obligatorio es la víctima de un accidente de tránsito, basta con analizar el tema de los Gastos de Sanatorio, previstos en el Art. 68 de la Ley 24.449. Nótese que si el beneficiario fuera el propio asegurado los Gastos de Sanatorio que abona la Compañía de Seguros, lo haría para proteger el patrimonio del asegurado.

Pero, resulta clarificador y fundamental, resaltar que los Gastos de Sanatorio, no benefician al asegurado, dado que la Compañía de Seguros los tiene que pagar aunque no exista responsabilidad del propio asegurado!.

6.4) Ello es otra prueba contundente más que en los seguros obligatorios, el beneficiario directo es la víctima de un accidente de tránsito (y no el propio asegurado).

7) "Destinatario Final":.

7.1) Como complemento a lo antes expuesto, es que también resulta una verdad de a puño, que el Destinatario Final del seguro obligatorio es: la Víctima del Accidente de Tránsito.

Por un lado, se debe recordar que respecto al destino final, en principio, se la suele interpretar a través del prisma del lucro, de manera tal que si quienes forman parte de la relación de consumo no lucran con el bien o servicio, es que pueden ser considerados como consumidores.

En este punto, corresponde señalar que ni el propio asegurado, y -menos aún- la víctima de un accidente de tránsito lucran con el seguro obligatorio.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la víctima del siniestro, es el destinatario fundamental, necesario, imprescindible y exclusivo de la prestación del seguro obligatorio, dado que cumple una función social (como explicaba el genial Isaac Halperín) (6).

7.2) El análisis de la cuestión del destinatario de los seguros obligatorios ha sido cerrada y finiquitada en Europa hace alrededor de medio siglo, dado que no cabe duda que el destinatario es la víctima del siniestro.

En este sentido, resulta provechoso recordar al maestro Ernesto Caballero Sánchez (7), quien compartiendo esta tesis, lo avalaba con las Sentencias del Supremo Tribunal de España, que en forma unánime, pacífica y monolítica viene

resolviendo que:.

"...el seguro de responsabilidad civil se configura hoy, más que como instrumento de protección del asegurado (a lo que respondía originariamente), como institución destinada a tutelar los intereses del perjudicado 3 de Julio de 1981".

Por ello, el distinguido profesor español, enseña (siguiendo la Jurisprudencia del Supremo Tribunal de España) que: "...las relaciones entre el perjudicado y el asegurador han pasado a ocupar el primer plano (S.T.S., 26 de Diciembre de 1986)...",

Resaltando que ello es así dado que: "...la finalidad principal del contrato de seguro de responsabilidad civil consiste en dejar definitivamente indemne al tercero (S.T.S. 1 de Diciembre de 1989)...".

7.3) Por todo lo antes expuesto, en el sentido que las víctimas de accidente de tránsito, son los beneficiarios directos y destinatarios finales de acuerdo a las pautas del Art. 1.092 del Código Civil y Comercial y el Art. 1 de la Ley 24.240, es que tipifican puntual y específicamente dentro de las normativas de consumidor (8).

8) La eliminación de los "Terceros Expuestos":.

8.1) Es menester recordar que el Código Civil y Comercial eliminó a los "Terceros Expuestos" de la categoría de consumidores, con la finalidad que las víctimas de accidentes de tránsito no sean considerados como consumidores.

8.2) Pero, a pesar de dicha supuesta intención, es que normativamente, las Víctimas de Accidentes de Tránsito en la actualidad siguen siendo Consumidores (9).

Ello es así, dado que:.

las "Víctimas de Accidentes de Tránsito" son "Consumidores" por ser los "Beneficiarios Directos" de la relación de consumo (Art. 1.092 C.C.C.N.) (v.gr. Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil de Automotores, Art. 68 Ley 24.449) y no por ser "Terceros Expuestos".

En efecto, distinguidos autores como Ricardo Luis LORENZETTI (10) con respecto a los "Beneficiarios" enseñan que:.

"...el tercero beneficiario: en estos casos también hay discusión, ya que un contrato puede establecer un beneficio a favor de un tercero...".

"...Por ejemplo: un contrato de seguro se celebra entre dos partes y hay un tercero beneficiado que no ha intervenido en la celebración...". Explicando luego LORENZETTI que:.

"...es un contrato a favor de terceros, en el que el consumidor tiene acciones directas basadas en ese beneficio aceptado, el que, al ser accesorio de la relación base y siendo ésta de consumo, también lo es...".

8.3) En nuestra opinión, resulta claro que los seguros obligatorios tienen como finalidad el beneficio directo de las víctimas. Y, es por ello, que el Art. 68 de la Ley 24.449, establece un seguro obligatorio: para "beneficiar" a las víctimas de accidentes de tránsito.

En efecto, la doctrina de todo el mundo resalta que el principal beneficiario y destinatario de los seguro obligatorios son las víctimas (11).

Así sucede en Francia, como enseñan Louis Josserand (12), Yvonne Lambert-Faivre (13), Philippe Le Tourneau (14); Georges Ripert - Jean Boulanger (15); Henri y Leon Mazeaud - Andre Tunc (16); o en España, como explican Ernesto Caballero Sánchez (17); o en Colombia, como con profundidad ilustra Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo (18), o en Inglaterra, al decir de R. Carter (19), o en Bélgica, como enseñan Herman Cousy (20)w Marcel Fontaine (21), o en Estados Unidos, como explican Robert Keeton - Alan Widiss (22), Robert Jerry II (23) y demás países etc. (24), donde no hay ningún tipo de discusión al respecto.

O, para decirlo de manera más directa: no se nos ocurren fundamentos legales para que se pueda sostener que la víctima de un accidente de tránsito, donde existe un seguro obligatorio de responsabilidad civil, no sea considerado como 'beneficiario' y 'destinatario final'.

8.4) Como consecuencia de todo lo antes expuesto, es que en nuestra opinión, atento que las Víctimas de Accidentes de Tránsito son Consumidores por su carácter de "Beneficiarios", según ordena en forma expresa el Art. 1.092 del Código Civil y Comercial y Art. 1° de la Ley de Defensa del Consumidor (y no por su carácter Terceros Expuestos), es que por imperativo legal, es que necesariamente se los debe considerar como Consumidores.

9) Conclusiones:.

9.1) El asegurado es un consumidor (de acuerdo a lo expresamente normado por el Art. 1.092 del Código Civil y Comercial y el Art. 42 de la Constitución Nacional) (25).

9.2) En todos los juicios de accidentes de tránsito siempre se aplica la Normativa de protección a los consumidores.

9.3) Las Víctimas de Accidentes de tránsito son consumidores de seguros (según ordena el Art.1.092 y complementarios del Código Civil y Comercial).

Notas al pie:.

1) SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial, Tomo I, Capítulo VIII "Las Víctimas de Siniestros y el Código Civil y Comercial", páginas 425 a 490, Editorial La Ley, Segunda edición actualizada y ampliada, Abril de 2018.

2) SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial, Tomo I, Capítulo VIII "Las Víctimas de Siniestros y el Código Civil y Comercial", páginas 425 a 490, Editorial La Ley, Segunda edición actualizada y ampliada, Abril de 2018.

3) Ver: Corte Suprema de Justicia de la Nación: in re: "ARCADIA, Compañía Argentina de Seguros vs. HESSLEGRAVE, Carlos", cita on line: AR/JUR/2060/1986.

4) MORANDI, Juan Carlos Félix; Estudios de Derecho de Seguros, Capítulo IX "El Seguro de Responsabilidad Civil y la acción directa de la víctima", acápite VI "Relación entre la deuda de responsabilidad del asegurado y la obligación del asegurador. El siniestro", punto .16) "La obligación del asegurado frente al damnificado y del asegurador respecto del asegurado", página 404, Edit. Pannedille, Buenos Aires, 1971.

5) SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial, Tomo I, Capítulo VIII "Las Víctimas de Siniestros y el Código Civil y Comercial", páginas 425 a 490, Editorial La Ley, Segunda edición actualizada y ampliada, Abril de 2018.

6) HALPERIN, Isaac - MORANDI, Juan Carlos; Seguros, quien desde el mismísimo "Prólogo de la Primera Edición" de su obra, resalta la importancia de la "función social del seguro", al afirmar que "...las nuevas normas se toman como punto de partida de una nueva evolución, fundada en un acentuado criterio de función social del seguro...", página IX, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983.

7) CABALLERO SANCHEZ, Ernesto; "El Consumidor de Seguros: protección y defensa", Capítulo 3, "Protección Informativa y Publicitaria"; Punto .4) "El Seguro como instrumento de protección de terceros", página 91 (la letra negrita y el subrayado, es nuestro) Editorial Mapfre, Madrid, España, 1997.

8) SOBRINO, Waldo; Consumidores de Seguros, Acápite II.4.6, "La ampliación de los Consumidores de Seguros", en especial, el acápite II.4.6.1. "Las Víctimas en particular", página 157, Editorial La Ley, Buenos Aires, Noviembre de 2009.

9) SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial, Capítulo VIII: "Las Víctimas de siniestros y el Código Civil y Comercial"; subcapítulo VIII.2) "Las Víctimas de Accidentes de Tránsito y la nula consecuencia legal por la eliminación de los Terceros Expuestos", páginas 466 a 490, Editorial La Ley, Abril de 2018.

10) LORENZETTI, Ricardo Luis; Consumidores, página 89, donde se expone que "...el tercero beneficiario: en estos casos también hay discusión, ya que un contrato puede establecer un beneficio a favor de un tercero. Por ejemplo: un contrato de seguro se celebra entre dos partes y hay un tercero beneficiado que no ha intervenido en la celebración...".

Agregando luego que: "...es un contrato a favor de terceros, en el que el consumidor tiene acciones directas basadas en ese beneficio aceptado, el que, al ser accesorio de la relación base y siendo ésta de consumo, también lo es..."; (el subrayado y la letra negrita, es nuestra), Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2003.

11) GHERSI, Carlos Alberto; Contrato de Seguro, página 33, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

12) JOSSERAND, Louis; Derecho Civil, Tomo II, Volumen II 'Contratos', traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, página 336, donde -con relación a las víctimas de los accidentes en seguros de automotores de responsabilidad civil- que "...el tercero tiene una acción más fuerte que la que pertenece al mismo asegurado...", agregando que "...el tercero lesionado, en realidad, tiene más derechos que aquel (el asegurado)...", Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Compañía Editores, Buenos Aires, 1951.

13) LAMBERT-FAIVRE, Yvonne; "La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización", publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año I, N° 2, página 169, Marzo-Abril de

1999.

14) LE TOURNEAU, Philippe; La Responsabilidad Civil, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, página 36, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, 2004.

15) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean; Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol, Tomo VIII 'Contratos Civiles', parágrafo n° 2.395 'Seguro Obligatorio de los Vehículos automotor', página 576, bajo la supervisión del Dr. Jorge Joaquín Llambías, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1987.

16) MAZEAUD, Henri y Léon - TUNC, Andre; Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo Tercero, Volumen Segundo, traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, especialmente el parágrafo n° 2.703-2 'Seguro de responsabilidad por los accidentes de circulación', página 324 y siguientes, Ediciones Europa-América, Buenos Aires, 1963.

17) CABALLERO SÁNCHEZ, Ernesto; "El Consumidor de Seguros: protección y defensa", Capítulo 3, "Protección Informativa y Publicitaria"; Punto .4) "El Seguro como instrumento de protección de terceros", página 91, Editorial Mapfre, Madrid, España, 1997.

18) JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio; "La protección del consumidor y sus principales manifestaciones en el derecho de seguros contemporáneo: examen descriptivo"; en "Retos y oportunidades del seguro y del reaseguro en el nuevo milenio", página 110, desarrollado en Cartagena de Indias, en Mayo de 2000, publicado por Acoldece, FIDES, AÍDA, Fasecolda, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 2000.

19) CARTER, R.; El Reaseguro, acepta expresamente la categoría de consumidor de seguros, dándole un desarrollo interesante, haciendo referencia a "...los consumidores de seguros (y de las personas afectadas de algún modo por los seguros, por ejemplo terceras partes perjudicadas)...", página 821 (la letra negrita, es nuestra), Editorial Mapfre, Madrid, 1979.

20) COUSY, Herman; "(El fin del seguro ? Consideraciones sobre el seguro privado y sus fronteras"; publicado en 'Foro de Derecho Comercial (Revista Internacional)', página 18, Enero-Marzo 2007, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, 2007.

21) FONTAINE, Marcel; "La noción de siniestro en los seguros de responsabilidad civil y de gastos"; publicado en 'Foro de Derecho Comercial (Revista Internacional)', página 12, Octubre-Diciembre 2006, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, 2006.

22) KEETON, Robert E. - WIDISS, Alan I.; Insurance Law (A guide to fundamental principles, legal doctrines, and commercial practices), Capítulo IV.- 'Persons and Interests protected', Sección .4.9) 'Automobile Insurance', página 385, West Publishing Company, Minnesota, 1988.

23) JERRY II, Robert H.; Understanding Insurance Law, Capítulo 13 'Automobile Insurance', parágrafo n° 132, apartado .b) 'Special Problems', .1) 'Intentional Conduct', página 648, donde se explica que en el seguro de responsabilidad civil de automóviles la finalidad es la protección de la víctima.

24) Por ejemplo: Ley Sueca (del año 1929); Ley Federal Suiza (del año 1932); Ley Federal Austríaca (del año 1937); Ley Yugoslava (del año 1934); Ley Belga (del año 1956); Ley Alemana (del año 1908, modificada en 1939); etc.; donde absolutamente todas ellas, establecen que son inoponibles a las víctimas la mayoría de las causales de liberación de responsabilidad de la Compañía de Seguros, porque justamente el objetivo de la normativa es la protección de la víctima.

25) SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial, Tomo I, Capítulo VIII "Las Víctimas de Siniestros y el Código Civil y Comercial", páginas 425 a 490, Editorial La Ley, Segunda edición actualizada y ampliada, Abril de 2018.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 27 DE ABRIL DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1092, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1093, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1769, Constitución de la Nación Argentina Art.42, LEY 17.418 Art.118, Ley 24.240 Art.1, Ley 24.449 Art.68

Neurociencias & Derecho del consumidor. El crédito, el sobreendeudamiento y el consumo. Segunda Parte

SHINA, FERNANDO E.

Publicación: www.saij.gob.ar, 30 DE ABRIL DE 2021

TEMA

NEUROCIENCIA-RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-TARJETA DE CREDITO

TEXTO

I. Algunas aclaraciones previas.

En la presentación anterior, hace menos de un mes, hemos desarrollado los aspectos más teóricos relacionados con la decisión de tomar un crédito. También nos hemos referido a las previsibles consecuencias de tomar créditos impulsado más por nuestro deseo de consumir que por la necesidad de hacerlo: el sobreendeudamiento(2).

Desde las neurociencias, Dan Ariely (admirado autor que solemos citar en todos nuestros últimos trabajos) nos señala que el fenómeno del sobreendeudamiento está asociado a otro que resulta ser su contracara: la dificultad o, directamente, la aversión que le tenemos al ahorro.

En uno de sus libros Ariely y Kreisler se refieren a las decisiones de realizar gastos o restringirlos pensando en los contextos de mediano y largo plazo (el ahorro, por ejemplo) y su contrapunto, los gastos tendientes a satisfacer necesidades más urgentes o tentadoras.

Es importante considerar que detrás de las decisiones que apuntan a resolver situaciones de corto plazo hay una necesidad insatisfecha o un deseo más o menos difícil de controlar (tentación). Tanto el ahorro como el sobreendeudamiento son nociones subordinadas a la necesidad de gastar o al deseo de hacerlo. "El caso de Rob - y el de muchos otros con dificultades para ahorrar - pone de manifiesto los problemas que tenemos con las recompensas a largo plazo y con el autocontrol. Nos cuesta mucho resistir la tentación, incluso aunque sepamos muy bien qué es lo que nos conviene y lo que nos estamos jugando", nos dicen Ariely y Kreisler(3).

En sumario: el sobreendeudamiento, a pesar de las obstinadas omisiones que sobre este punto hace la doctrina nacional, es más un problema psicológico, cognitivo o emocional que financiero. Sin embargo, por algún motivo que no terminamos de descubrir, la escuela de Derecho (incluye abogados, jueces, legisladores y autoridades universitarias) todavía se resiste a recibir el aporte esencial que las neurociencias pueden brindar para entender mejor estos problemas más humanos que jurídicos.

II. El consumo y las tarjetas de crédito.

Sin perder esa línea de pensamiento, en esta segunda parte del tema referido a las operaciones de crédito para el consumo, vamos a examinar principalmente las normas jurídicas que regulan esas relaciones jurídicas. Cualquiera sea la mirada desde la que se parta hay un hecho insoslayable: en la actualidad el consumo está dominado por el crédito y la financiación por las tarjetas de crédito. Se estima que circulan en el país más de 40 millones de tarjetas de crédito(4).

Un informe del Banco Central, correspondiente al segundo semestre del año 2019 da cuenta de la incidencia del crédito en las operaciones de consumo. De esa data surge que lo único que sostiene el consumo que aún sobrevive a la pandemia mundial y a la calamitosa cuarentena implementada por el gobierno argentino, es la existencia de tarjetas de crédito. El plástico se ha consolidado como el instrumento financiero casi excluyente para los consumidores(5).

Otro informe, aún más reciente, del portal de Infobae advierte que prácticamente la única forma de consumir que se mantiene con vida está relacionada con las distintas modalidades que ofrecen las tarjetas crédito: "La pandemia de coronavirus trajo aparejado una fuerte crisis económica que generó cambios en el comportamiento de los consumidores ante la caída del empleo, la pérdida de poder adquisitivo y la propia crisis sanitaria. En ese contexto y de acuerdo a un estudio privado, durante el segundo trimestre del año hubo un leve incremento interanual en las transacciones con tarjeta de débito (5 por ciento) mientras que el uso de tarjetas prepagas creció 285 por ciento, gracias al impulso de la tarjeta AlimentAR, una herramienta clave para la bancarización de los sectores más vulnerables de la población"(6).

Esta realidad insoslayable justifica la intervención legal para regular escrupulosamente las operaciones de consumo realizado por las herramientas financieras más convencionales. Y también justifica que examinemos con el mayor detalle el art. 36 de la LDC norma que, justamente, se ocupa de las relaciones de consumo concretadas mediante operaciones de crédito.

III. El artículo 36 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Se trata de una norma extensa y llena de requisitos legales y que, además, establece soluciones innovadoras tanto en materia de nulidad como en la determinación de la competencia. La importancia este texto legal justifica su transcripción íntegra a pesar de su extensión.

Artículo 36 - Requisitos. En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad: a) La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios; b) El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios ;c) El importe a desembolsar inicialmente -de existir- y el monto financiado; d) La tasa de interés efectiva anual; e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total; f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses; g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar; h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato.

La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la 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.

El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones a que refiere el presente artículo, con lo indicado en la presente ley.

Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario. (Texto modificado por la ley 26.993).

IV. Los datos que NO pueden faltar en las operaciones de crédito.

El artículo 36 de la ley 24.240 establece cómo deben realizarse las operaciones de consumo que involucren alguna forma de financiamiento.

La norma contiene ocho incisos y cada uno de ellos describe un requisito o formalidad que debe alcanzar la operación para que ella no contenga vicios de nulidad. Esto significa que cualquier defecto u omisión de uno de estos requisitos es suficiente para que la operación pueda ser anulada.

a) Descripción. El primer requisito que deben cumplir las operaciones de consumo en crédito consiste en que deben contener la detallada y precisa descripción del bien o servicio que constituye el objeto principal del negocio de consumo.

Debe remarcar que no es suficiente una descripción general o abstracta del negocio, sino que debe contener todos los detalles que permitan identificar inmediatamente en el objeto de la operación. En esa misma dirección, y antes que nosotros, Chamatropulos sostenía que "En lo relativo a la descripción del bien o servicio objeto de la contratación, ella no puede ser genérica ni ambigua, sino que debe aportar los elementos suficientes para que el consumidor pueda individualizar de qué bien o servicio se trata, cuidando de que pueda diferenciarlo de otros diferentes"(7).

b) Precio al contado. En segundo término, resulta obligatorio informar el precio de contado del bien que se ofrece pagar en cuotas. No es suficiente que se consigne el valor de cada cuota ni cantidad de cuotas que admite la operación. Esta información básica es imprescindible para que el consumidor tenga, al menos, una referencia comparativa entre el precio de contado y el precio financiado.

Por más que el requisito de consignar el precio de contado parezca una obviedad, es bastante habitual que los contratos no lo especifiquen, limitándose a describir el precio de cada cuota y el plazo que dura la financiación (3, 6 o 12 meses, por ejemplo).

c) Financiación parcial. En los casos en los que la operación se financia parcialmente y el consumidor abona una parte al contado, el documento debe tener diferenciado el anticipo dado y del saldo pendiente de pago.

d) La tasa de interés efectiva anual. (T.E.A). Este es otro dato relevante que no puede omitirse en el documento de venta. En otro trabajo nos referimos a este asunto, señalando que: "La mayoría de las veces las compras a crédito se usan para comprar electrodomésticos o bienes de un valor intermedio. Al dividirse el precio de la cosa por el número de cuotas otorgadas, que en algunos casos llegan a 24 o más, el adquirente se hace una idea distorsionada de la operación porque la cuota representa un monto bajo en términos relativos... "(8).

En general, la gente no sabe cómo calcular intereses y se deja llevar por la percepción, puramente intuitiva y optimista, de que las cuotas son bajas. Así es como todos podemos caer en la trampa que nos lleve a pagar un precio final muy elevado creyendo que estamos pagando cuotas muy bajas.

En verdad, son muy pocas las personas capaces de determinar, en el medio de una compra, si la financiación disponible es justa o usuraria. Esa ignorancia, naturalmente, hace que sea más probable que ocurra lo segundo y que paguemos un precio desproporcionado por el beneficio aparente de poder dividir el pago en cuotas mensuales.

Según estudios estadísticos realizados por el Banco Central de la República Argentina (BCRA) y otros organismos internacionales, Argentina se encuentra entre los países más ignorantes del mundo en materia de cálculos financieras.

El estudio, según informa la cronista Silvana Saldisuri, en su columna del diario el Cronista.com., del 23/10/2018, da cuenta de que un 40% de los encuestados no sabe realizar operaciones de división y que menos del 20% puede hacer cálculos que involucren tasas de interés(9).

El informe, llevado adelante entre el BCRA y el Banco de Desarrollo de América Latina (2017) dice textualmente: Si bien hay una amplia comprensión sobre el concepto de interés pagado en un préstamo, el cálculo de un porcentaje aplicado a un monto pudo ser correctamente aplicado por la quinta

parte de los encuestados y la mitad no ha contestado o dijo que no sabía la respuesta a dicho cálculo. La pregunta sobre el interés compuesto, por su parte, fue contestada correctamente por el 37% de los encuestados, pero solamente el 8% contestaron correctamente tanto la pregunta sobre interés simple e interés compuesto(10).

En síntesis: más del 90% de los usuarios de servicios bancarios no tiene ni la más remota idea de cómo se calculan los intereses. Ello equivale a decir que no saben si pagan poco o mucho. La ignorancia, finalmente, es lo que nos pone a merced de los proveedores inescrupulosos.

e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total. Se debe expresar en el documento de compra el total de los intereses a pagarse. Es frecuente que los tomadores del crédito confundan los intereses con las comisiones y otros gastos.

Los documentos están diseñados para fomentar estas confusiones haciendo que sea muy difícil diferenciar los gastos de los intereses.

Este es un problema que se repite no solo en nuestro país, sino también en otros mercados supuestamente más transparentes que el nuestro. Así, autores como Thaler y Sunstein señalan que: "Otros documentos confusos hacen difícil que el prestatario distinga entre el crédito propiamente dicho y las comisiones. Los documentos tienen cientos de líneas y están llenos de números que pueden oscurecer los diversos cargos. Muchas de las comisiones no están definidas..."(11).

En efecto, es frecuente que se escondan comisiones prohibidas en cálculos financieros que son indescifrables para el común de la gente. Este inciso, que tiene mucha importancia, debe ser particularmente exigible, sobre todo cuando el expediente llega a los tribunales y los jueces deban analizar si se han cumplido todos los requisitos establecidos en la norma, bajo pena de nulidad.

f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses. Todo crédito puede ser dividido en dos partes: el capital, integrado por la suma de dinero que se debe devolver al prestamista, y los intereses que, de alguna manera, constituyen el precio que se paga por el préstamo.

Los sistemas de amortización -de capital e intereses- establecen el modo en el que se debe distribuir, a lo largo del plazo del préstamo, la devolución del capital y el pago de los intereses.

Es importante que este dato esté claramente informado en el documento que formaliza la operación de crédito: "Cuando se mencione el sistema de amortización del capital a utilizar, no basta con decir que se aplica, por ejemplo, el 'sistema francés', sin explicar sus características principales. Ello porque es muy posible que el consumidor no sepa en qué consiste efectivamente el sistema de amortización en particular.", dice acertadamente Chamatropulos(12).

Su omisión, al igual que la omisión de cualquiera de otros requisitos normativos, lleva la sanción de nulidad.

g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar. El dato es básico, porque permite comprobar el precio final del producto.

h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere. Se deben informar todos los gastos en los que debe incurrir el usuario; deben ser incluidos en este rubro toda suma de dinero que incida, por poco o mucho, en el pago final que deba hacer el usuario.

V. Sanción de nulidad.

La no inclusión de cualquiera de los requisitos formales que hemos visto ocasiona la nulidad del contrato o la de las cláusulas.

Se insiste en remarcar que la omisión de tan solo uno solo de los requisitos enumerados habilita la declaración de nulidad del contrato y la consecuente facultad judicial integradora. Ello así, debido a que la norma prevé que, en forma simultánea a la declaración de nulidad, el juez pueda integrar el contrato de manera tal de lograr que subsista el contrato una vez subsanado el vicio.

VI. Facultad judicial para integrar el contrato.

Sin perjuicio de lo dicho al cerrar el t3pico anterior y luego de analizar detalladamente los incisos que conforman el art. 36, resulta sumamente complejo imaginar situaciones en las que la omisi3n de alguno de esos recaudos legales pueda ser integrada por el juez. En el mejor de los casos, el magistrado que interviene podr3a interpretar, con car3cter sumamente restrictivo, que la omisi3n no fue determinante de la contrataci3n y que, por lo tanto, no afect3 la voluntad del consumidor.

Empero, (qu3 ocurre si el sujeto quiere demandar la nulidad del contrato, invocando la letra de la norma y manifestando, m3s all3 de la importancia de la omisi3n incurrida por el proveedor, no tener inter3s en la subsistencia del contrato? La norma no parece contemplar esta situaci3n.

Para nosotros, la voluntad nulificante del consumidor no podr3a ser revertida por la facultad integradora del juez. Antes que nosotros, Chamatropulos propon3a esa misma soluci3n al sostener que: "Si la omisi3n es de un dato con aptitud para hacer repensar al consumidor si desea o no celebrar un contrato de tales caracter3sticas, este sujeto puede demandar directamente la nulidad del contrato y reclamar, asimismo, los daos que haya sufrido. Si el consumidor ejecuta esta opci3n ya no hay posibilidades de 'salvar' la vigencia del contrato"(13).

El citado autor, reflexiona sobre una segunda hip3tesis. En este caso, especula que cuando la omisi3n incurrida no tuviera entidad suficiente para incidir negativamente en la decisi3n del consumidor, no proceder3a la nulidad(14).

No compartimos esta 3ltima opini3n de Chamatropulos. Pensamos que, aun interpretando que la omisi3n no fuera determinante para afectar la contrataci3n, cosa que dif3cilmente pueda determinarse con certeza, el texto legal contiene requisitos formales cuyo mero incumplimiento da lugar a la nulidad, sin que el juez pueda evitarla contrariando la voluntad del consumidor.

En todo caso, se podr3a invocar, en situaciones concretas que nos cuesta mucho imaginar, la prohibici3n de nulificar el contrato por configurarse un caso de ejercicio abusivo del derecho de ejercer la nulidad.

Ello as3 por cuanto la buena fe y el ejercicio regular del derecho son ejes medulares que est3n expresamente previstos en el T3tulo Preliminar del C3digo Civil y Comercial (ver arts. 9 y 10 del CCyC, entre otros).

VII. La omisi3n de consignar la Tasa Efectiva Anual (T.E.A).

En el p3rrafo tercero de la norma que comentamos, se prev3 la omisi3n de omitir consignar la TEA.

Cuando eso ocurre, a modo de sanci3n, los intereses que se hab3an aplicado en el contrato se reducen a la tasa de inter3s pasiva utilizada por el Banco Central de la Rep3blica Argentina, al momento de la celebraci3n del contrato.

A diferencia del caso anterior, ac3 s3 hay una integraci3n contractual, pero es de origen legal. Solamente en ese caso, la ley prev3 una integraci3n autom3tica. En esta nueva hip3tesis legal, la integraci3n no est3 subordinada a la interpretaci3n del juez, sino a la ley.

Se trata, como dice Wajntraub, de "un supuesto en donde el incumplimiento de lo previsto por la norma se resuelve mediante la aplicaci3n supletoria del p3rrafo que reza... "(15). Coincidimos con el autor: en este caso, no estamos ante una integraci3n contractual que realiza el juez, sino ante la aplicaci3n supletoria que ordena la ley.

VIII. Eficacia del contrato cuando el cr3dito lo otorga otro proveedor.

En algunas operaciones de consumo, el proveedor del producto y quien otorga el cr3dito al consumidor son empresas distintas.

En tales supuestos, es probable que el vendedor avance con los trámites de venta, pero que la solicitud del crédito resulte rechazada por el financista. Cuando el crédito es rechazado, con o sin culpa del consumidor, el contrato se anula sin ningún costo alguno para el consumidor. En tal caso, el proveedor está obligado a restituir toda suma de dinero que haya recibido del consumidor por la operación que resultó fallida.

IX. Competencia.

(a) Presentación.

El art. 36 que estamos comentando fue reformado por la ley 26.993. Esa reforma incluyó modificaciones muy importantes e innovadoras que merecen un examen detallado y un poco más extenso.

(b) Opciones a favor del consumidor.

En primer lugar, es importante señalar que el nuevo texto divide la cuestión de la competencia según quién sea el sujeto que inicia el pleito.

Cuando el reclamo es iniciado por el usuario será competente, a su elección: i) El juez del lugar del consumo; ii) El juez del lugar de celebración del contrato; iii) El juez correspondiente al domicilio del usuario o consumidor; iv) El juez correspondiente al domicilio del proveedor demandado; v) El juez correspondiente al domicilio de la citada en garantía.

Por el contrario, cuando el juicio es iniciado por el proveedor será competente el juez correspondiente al domicilio real del usuario o consumidor, siendo nula cualquier estipulación en contrario.

En sumario: la norma amplía el menú de opciones a favor del usuario y restringe las del proveedor con la finalidad de evitar los abusos de jurisdicción en los que tan frecuentemente incurrían antes de la modificación del art. 36 de la LDC.

(c) La competencia territorial múltiple y el comercio electrónico. En la contratación remota, tan predominante en nuestros días, es muy frecuente que el domicilio del proveedor y el del usuario estén en distintas ciudades muy alejadas entre sí.

Cuando surgían controversias relacionadas con la ejecución o la interpretación del contrato no resultaba claro cuál era el tribunal competente para resolver ese asunto.

Con anterioridad a la reforma de la ley 26.993, los proveedores solían imponer una cláusula que establecía la jurisdicción en lugares alejados del domicilio del usuario. Así, cuando los clientes debían tramitar un reclamo, no podían hacerlo cerca de su domicilio y tenían que asumir el mayor gasto y mayor incomodidad que supone litigar a la distancia.

En los hechos, estas jurisdicciones alejadas del domicilio del usuario traían dos consecuencias inevitables. En primer lugar, eran un obstáculo - a veces insalvable - para que el consumidor accediera a la justicia. En segundo lugar, el proveedor recibía menos reclamos que los que hubiera soportado si la jurisdicción fuera más cercana al domicilio del cliente.

El art. 36 LDC, en su actual redacción, trae una solución definitiva a este problema: establece un sistema múltiple y optativo que beneficia siempre al consumidor. El usuario puede usar la que le resulte más conveniente; por el contrario, si quien debe hacer el reclamo es el proveedor, la única opción que tiene es entablarlo en el lugar del domicilio real del demandado.

Entendemos que la solución de la norma es correcta y logra dos objetivos centrales: a) incrementa los derechos del consumidor que podrá optar por cualquiera de las alternativas que le permite este novedoso sistema de competencia múltiple; b) restringe las opciones del proveedor que, en su caso, solamente podrá demandar ante el juez competente del domicilio real del consumidor(16).

La doctrina en general ha recibido con beneplácito a esta norma. Así, Chamatropulos sostiene que: "La solución legal es más conveniente, pues a la garantía de no ser demandado en jurisdicción distinta a la del domicilio real, se le suma la flexibilidad de poder demandar al proveedor no sólo ante el juez del domicilio del consumidor, sino que también se abren algunas opciones más que, en ocasiones concretas, pueden llegar a ser más beneficiosas para el sujeto tutelado por la LDC"(17).

(d) El fórum shopping selectivo.

Para nosotros se trata de otra regla rupturista del derecho del consumidor que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico una suerte de fórum shopping subjetivo (porque sólo beneficia al sector de los usuarios y consumidores por la sola condición de serlo), legal e irrenunciable (cualquier pacto de renuncia convencional sería nulo).

(e) El domicilio del consumidor.

La contracara del fórum shopping subjetivo que vimos en el punto anterior, que solo beneficia al consumidor, está dada por una mayor exigencia al proveedor.

De la misma forma que el usuario puede elegir, a su entera conveniencia, la jurisdicción en donde hará el reclamo, cuando sea el proveedor quien debe iniciar una demanda solamente podrá hacerlo en el domicilio real del consumidor. Ello así, toda vez que la norma, en la última oración dice: En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

Esta reforma es de suma importancia porque por un lado asegura el acceso a la justicia de los usuarios y consumidores y, por el otro, les permite plantear exitosamente la defensa de incompetencia cuando sean demandados en un domicilio que no sea el real. Ello, como dice la propia norma, aun cuando contractualmente se haya aceptado una jurisdicción distinta. Como bien señala Tambussi: "...la norma mencionada autoriza a los consumidores a interponer excepción de incompetencia a los proveedores que demanden en un domicilio diferente del real del consumidor, aunque hayan pactado lo contrario, atento el carácter de orden público de la ley... "(18).

X. Las disposiciones complementarias del Código Civil y Comercial.

Para terminar este breve comentario del art. 36 LDC, es oportuno señalar que el Código Civil y Comercial, en el Libro III, Título IV, Capítulo 12, arts. 1378 a 1420 también regula los contratos bancarios.

Eduardo Barbier, al analizar esas normas del Código, formula una reflexión que también es apropiada para nuestro estudio. El citado autor señala que todo lo relacionado con el otorgamiento y uso del crédito es importante para que los mercados funcionen con la mayor transparencia posible porque, explica Barbier, la actividad crediticia involucra el orden público: "La transparencia en la actividad constituye un enunciado básico. Se trata de la disciplina especial insoslayable para garantizar la eficacia de un mercado organizado, expuesto además al interés público. De tal forma se atiende al interés general del sistema económico; estimula la mejora de la competencia dentro del sector y describe un cúmulo de información estructural que se debe proveer"(19).

La actividad financiera, que vincula a los bancos y a entidades crediticias con los consumidores, requiere de un tratamiento legal diferenciado que garantice altos niveles de transparencia que le den solidez al sistema económico.

Los Alterini, al comentar las normas del Código unificado que regulan la contratación bancaria, sostienen que: "Con la sanción del Código Civil y Comercial ha quedado definitivamente superada la controversia acerca de si la actividad bancaria, y los contratos celebrados durante su desarrollo quedaban comprendidos en las normativas de la ley 24.240... ahora el art. 1384, expresamente determina que los contratos bancarios pueden quedar comprendidos en las disposiciones relativas a los contratos de consumo".

Solo cabe añadir, a modo de cierre, que para examinar debidamente las cuestiones relacionadas con las operaciones de crédito para el consumo se deberá tener en cuenta que nuestro ordenamiento legal contiene regulaciones tanto en la ley especial (Ley 24.240) como en el Código Civil y Comercial y que ambos sistemas normativos conviven en forma complementaria.

Notas al pie:

1) Fernando E. Shina, Doctor en Ciencias Jurídica, Pontificia Universidad Católica Argentina.

- 2) Neurociencias & Derecho del consumidor. El crédito, el sobreendeudamiento y el consumo, Primera parte, SAIJ, 19-04-2021, Citar: SAIJ: DACF 210069.
- 3) Ariely, Dan, Kreisler, Jeff, Las trampas del dinero, Iván Barbeiros García (Trad.), Ariel, Barcelona, 2018, p. 256.
- 4) <https://www.infobae.com/2012/11/11/680755-en-argentina-existen-38-m-tarjetas-credito/>, fecha de captura: 28/04/2021.
- 5) Los medios de pago electrónicos continuaron su sendero de crecimiento | Las compras con tarjeta de débito, crédito y prepagas y transferencias electrónicas registraron incrementos relativos a la población durante los últimos años, a pesar de la ausencia de crecimiento de la actividad económica. En el año 2019, por cada 100 extracciones de efectivo por adulto, se efectuaron casi el doble de operaciones por medios electrónicos de pago. (<http://www.bcra.gov.ar/PublicacionesEstadisticas/informe-inclusion-financiera-0219.asp>, fecha de captura: 28/04/2021.
- 6) <https://www.infobae.com/economia/2020/07/27/medios-de-pago-en-cuarentena-crecio-el-uso-de-tarjetas-de-debito-pero-se-desplomaron-las-de-credito-por-la-caida-del-consumo/>, fecha de captura: 28/04/2021.
- 7) Chamatropulos, Alejandro, Estatuto del Consumidor comentado., T I, p.580.
- 8) Shina, Fernando, Sistema legal para la defensa del consumidor., p. 146.
- 9) <https://www.cronista.com/finanzasmercados/Argentina-entre-los-paises-con-menos-conocimiento-y-actitud-financiera-20181022-0036.html>, fecha captura: 13/01/2021.
- 10) [http://www.bcra.gov.ar/pdfs/BCRAyVos/Encuesta%20de%20Medici%C3%B3n%20de%20Capacidades%20Financieras%20en%20Argentina%20-%20BCRA-CAF%20\(2017\).pdf](http://www.bcra.gov.ar/pdfs/BCRAyVos/Encuesta%20de%20Medici%C3%B3n%20de%20Capacidades%20Financieras%20en%20Argentina%20-%20BCRA-CAF%20(2017).pdf), fecha de captura: 13/01/2021.
- 11) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, . p.162.
- 12) Chamatropulos, Alejandro, Estatuto., T I, p. 581.
- 13) Chamatropulos, Alejandro, Estatuto., T I, p. 583.
- 14) Chamatropulos, Alejandro, Estatuto., T I, p. 583.
- 15) Wajntraub, Javier, Régimen jurídico del consumidor., p. 199.
- 16) Ver Shina, Fernando E., Sistema legal., p. 149.
- 17) Chamatropulos, Demetrio Alejandro, Estatuto. T I, p. 585.
- 18) Tambussi, Carlos (Dir.), Ley de defensa del consumidor., p. 247.
- 19) Barbier, Eduardo, en Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial explicado - Obligaciones y Contratos, Tomo II, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2020, p. 338.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
 Fecha: 30 DE ABRIL DE 2021
 :
 Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.9 al 10, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1378 al 1420, Ley 24.240 Art.36, Ley 24.240, LEY 26.993*

Derecho fácil para consumidores y proveedores. Breve comentario de la Resolución N° 274/2021 de la Secretaría de Comercio

CRUZ MATTERI, JUAN IGNACIO | PACEVICIUS, VICTORIA SOFÍA
Publicación: www.saij.gob.ar, 27 DE ABRIL DE 2021

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PROVEEDOR-DOMICILIO ELECTRONICO-DERECHO A LA INFORMACION

TEXTO

"Una injuria no se lava cuando el castigo alcanza a quien la aplica" Edgar Allan Poe(3).

Proemio.

El día 30 de marzo de 2021 se publicó en el Boletín Oficial la Resolución N° 274/2021 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo. En la presente no solo se creó la Ventanilla única Federal, herramienta que se encontraba en funcionamiento desde el año 2019, sino también se estableció la obligatoriedad de la constitución de los domicilios electrónicos por parte de los proveedores de bienes y servicios. En el otro orden de las cosas la mentada norma obliga la incorporación del link de la misma en las páginas webs de los proveedores a fin de dar a conocer al público consumidor su derecho a reclamar frente a posibles incumplimientos. Esperamos que este breve comentario esté a las expectativas de los estudiosos y practicantes del derecho.

I. Ventanilla única Federal.

La creación de la Ventanilla única Federal, como también la imposición de las mencionadas obligaciones a los proveedores, encuentran sus fundamentos jurídicos no solo en la Constitución Nacional (en su art. 42), sino también en la Resolución N° 37 de fecha 15 de julio de 2019 del GRUPO MERCADO COMÉN del MERCOSUR relativa a la protección al consumidor en el comercio electrónico(4), el art. 43 inc a) de la ley 24.240, como también toda la normativa relativa al fácil acceso de las instituciones en razón de la pandemia que azota al país y al mundo(5). Dadas las medidas de aislamiento y distanciamiento social va de suyo que las costumbres de consumo cambiaron; las modalidades de contratación a distancia, la necesidad de acceso a la información a través de internet respecto de bienes y servicios, y las vías electrónicas para efectuar reclamos y consultas, adquirieron especial trascendencia. El contacto por medios electrónicos resultó, a fin de cuentas, la única vía con la que los consumidores contaron y cuentan para acceder a sus derechos.

Es por todo esto que básicamente esta resolución pone en manifiesto la importancia de un derecho pilar: información al consumidor.

Conforme sostiene la Dra. Matilde E. Ballerín en su voto, el derecho a la información de los consumidores (y como contrapartida, el deber de los proveedores de suministrarla) posee rango constitucional(6). Y es esta falta de información lo que hace tan dispar la relación entre los consumidores y los proveedores de bienes y de servicios, en palabras de Japaze "La tutela jurídica del consumidor parte de una premisa esencial: la desigualdad de las partes involucradas en la relación de consumo, la situación de debilidad de una de ellas frente a la fuerza o poderío que ostenta el otro extremo de esa relación jurídica propiciada por el mercado." (..) "El deber de información constituye una obligación que no solo se impone al proveedor en la etapa precontractual y al momento de concretar la celebración del acto de consumo sino que debe ser cumplida asimismo durante todo el iter contractual"(7).

II. Domicilio Electrónico: algunas consideraciones.

El proveedor de bienes y de servicios tiene la obligación de denunciar y constituir un domicilio electrónico ante la Autoridad de Aplicación. Este mismo tiene la característica de ser un domicilio especial(8), dándole por ello ciertas características especiales. En forma reiterada se ha señalado que el domicilio especial o de elección es aquél en el cual tendrán lugar todos los efectos derivados de la relación jurídica y tiene por fin, entre otros, constituir un centro de recepción de la notificación de los actos procesales y de actos o manifestaciones de voluntad relativos al negocio o acto jurídico para el cual se denunció domicilio(9). Encontramos al domicilio de elección regulado en el art. 75 del CCYC "Las partes de un contrato pueden elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan. Pueden además constituir un domicilio electrónico en el que se tengan por eficaces todas las notificaciones, comunicaciones y emplazamientos que allí se dirijan".

Como ultima aclaración, relativa a este punto; el domicilio de elección es un domicilio ficticio elegido por las partes para la ejecución de una convención. En la elección del domicilio especial se debe ver simplemente una derogación convencional de los efectos normales del domicilio real. Esta derogación se descompone en un doble elemento: una atribución de competencia a un tribunal que no es el del domicilio del demandado, y una constitución de mandatario(10).

Obligatoriedad de la constitución de domicilio electrónico:

"ARTÍCULO 4°.- Establécese que todo proveedor requerido, en virtud de un reclamo presentado ante la Ventanilla única Federal, deberá constituir domicilio electrónico dentro de los DIEZ (10) días hábiles de notificado, siempre que no hubiesen constituido domicilio electrónico ante el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo, de conformidad con lo dispuesto por la Resolución N° 616 de fecha 25 de noviembre de 2020 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO.

El mismo tendrá carácter de domicilio constituido y en él serán consideradas válidas todas las notificaciones que se cursen en el marco de los procedimientos administrativos que lleven a cabo por la Autoridad Nacional de Aplicación de la Ley N° 24.240 y las Autoridades de Aplicación locales que adhieran a la presente resolución".

Se estableció la obligatoriedad de constituir domicilio electrónico a los proveedores que hayan recibido un reclamo a través de la Ventanilla única Federal, siempre y cuando ya no lo hayan constituido ante el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo.

La fuerza de dicha obligatoriedad encuentra su antecedente inmediato en la Resolución N° 616/2020, de la SECRETARIA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, donde se establecieron los parámetros para la celebración de las audiencias de conciliación por medios electrónicos dentro del Servicio de Conciliaciones Previas en las Relaciones de Consumo (COPREC) (11).

Implementando la misma, a su vez, como sustento lo contemplado en el Decreto N° 1.759/72 T.O. 2017, en su artículo 19 inc. d) "Sede electrónica. La cuenta de usuario de la Plataforma Electrónica de "TRÁMITES A DISTANCIA" (TAD) es la sede electrónica del particular, en donde serán notificadas en forma electrónica las actuaciones administrativas".

Es importante remarcar, para los proveedores de bienes y de servicios, que el domicilio de elección o especial perdura en su eficacia mientras surte efecto el contrato que lo contiene. Siendo la constitución del domicilio convencional una mera cláusula del contrato, destinada a funcionar en tanto dure el régimen convencional estructurado por el contrato, su suerte está ligada a éste, y se extingue con él(12).

En tal sentido, el proveedor que no haya constituido domicilio ante COPREC y haya recibido un reclamo a través de la Ventanilla única Federal contará con el plazo de 10 días hábiles a fin de constituir el domicilio electrónico, domicilio que podrá ser modificado con posterioridad, ello de conformidad con

el art. 77 del Código Civil y Comercial de la Nación, ya que de lo contrario iría en detrimento de lo establecido en el art. 344 del mencionado Código(13).

La importancia de ese domicilio constituido radica en que las notificaciones cursadas al mismo tendrán carácter de fehaciente en virtud de lo establecido en el inciso h) del Artículo 41 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto N° 1.759/72 T.O. 2017, donde establece que las notificaciones podrán realizarse por cualquier medio que dé certeza de la fecha de recepción del instrumento en que se recibió la notificación, tomando como supuesto el siguiente inciso: (...) h. Por medio de la plataforma electrónica de trámites a distancia (TAD), que se realizarán en la cuenta de usuario que es la sede electrónica en la cual el particular ha constituido su domicilio especial electrónico. La notificación oficial se dará como perfeccionada cuando el contenido de la misma esté disponible en la cuenta de usuario de destino. A dichos efectos, se considerará al usuario notificado el primer día hábil siguiente al de la fecha de ingreso de la notificación a su cuenta, momento en el que comienzan a correr los plazos.

III. Registro Nacional de Proveedores.

ARTÍCULO 6°.- Las Autoridades de Aplicación de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor adheridas a la Ventanilla única Federal tendrán acceso a la información declarada por los proveedores de bienes y servicios.

Lo novedoso de esta Resolución es que permitirá instituir un Registro Nacional de los domicilios constituidos por parte de los proveedores, para que las jurisdicciones adheridas a la Ventanilla única Federal tengan acceso a la información declarada por los proveedores de bienes y servicios. Este punto, permitirá sortear las dificultades que hoy en día representen para las Direcciones Provinciales de Defensa del Consumidor las notificaciones a los proveedores, sobre todo cuando no tienen su sede en dicha jurisdicción, y que impidan la continuidad del proceso administrativo a fin de resolver las controversias del ámbito consumeril.

IV. Derecho a la información.

ARTÍCULO 8°.- Establécese que los proveedores que posean páginas o aplicaciones web deberán incorporar un enlace que permita el ingreso a la página correspondiente al formulario de denuncia de la Ventanilla única Federal (...).

Primeramente debemos hacer notar a los lectores que es esencial delimitar los sujetos activos y pasivos de la obligación informativa. Como sujeto activo, conforme lo dice expresamente la norma transcrita, la información a suministrar por los proveedores que posean páginas o aplicaciones web tiene un destinatario concreto, el consumidor. Es este el acreedor de la obligación de informar, como también su beneficiario de la herramienta diseñada por la Autoridad de Aplicación para acortar la asimetría de la relación y para informar el cúmulo de derechos en cabeza del consumidor(14). Por el otro lado como sujeto pasivo la norma impone el deber de información al proveedor de bienes y servicios que posean páginas o aplicaciones webs. Como señala Japaze "Dada la amplitud del concepto de proveedor contenido en la ley (Art. 2 Ley 24.240), y cualquiera fuera el rol que éste pueda asumir en las distintas etapas del proceso de creación y comercialización, todos aquellos que participan en la cadena de comercialización están obligados"(15) en tanto hagan uso de plataformas webs y aplicaciones. La información de derechos, deja de ser algo meramente estático, y pasa a ser una actividad impuesta a uno de los protagonistas de la relación de consumo: el proveedor.

El deber de información conforme señala Stiglitz no versa únicamente sobre el adecuado conocimiento de las condiciones de la operación realizada, de las características de los productos y servicios comercializados sino también de sus derechos y obligaciones consiguientes que como consumidores poseen(16). Consecuentemente el derecho a la información es uno de los pilares que recorre transversalmente todos los institutos de la legislación, convirtiéndose en uno de los elementos esenciales para limitar la asimetría entre las y los consumidores y proveedores.

Ahora bien, estas regulaciones como dice Quaglia se caracterizan por la

configuración de una desigualdad entre las partes de la relación, donde se vincula a un neófito en la materia (el consumidor o usuario) con el llamado proveedor, quien "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 o usuarios". Al respecto, dicho "desequilibrio relacional" impone que las normas se adapten a esta nueva situación, determinando soluciones en tutela de la parte débil que, dentro de otro campo del derecho, quizá resulten arbitrarias o irrazonables(17).

Es por ello, que los proveedores deberán readaptar sus sitios webs conforme lo establecido en la norma, y para ello contarán con el plazo de 60 días a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial.

La jurisprudencia sostiene lo afirmado. En su voto el Dr. Gonzalo Mariño afirma: "se debe reparar en que el bien protegido es el derecho de quien se encuentra vinculado con un proveedor a raíz de una relación de consumo, en consideración a su característica de parte más necesitada de amparo"(18).

V. Colofón.

En suma, con la creación del registro de domicilios electrónicos, no solo se busca garantizar un mejor, certero y expeditivo funcionar de la Autoridad de Aplicación sino que también tiene como fin inmediato compeler a los proveedores a informar derechos a los detentores naturales: los consumidores. La publicidad del acceso a la Ventanilla Federal garantiza un libre ejercicio de los derechos al público consumeril, buscando así equilibrar un poco más la ecuación de poder; porque: Scientia potentia est "el conocimiento es poder".

Notas al pie:

1) Juan Ignacio Cruz Matteri, Abogado. Especialista en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Secretario Académico del Colegio de Abogados Zarate Campana. Profesor en Derecho Civil y Derecho de los Contratos en la Universidad de Buenos Aires. Profesor en Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Premio Mejor Joven Profesional de la Pcia de Bs As otorgado por Colproba (2017). Arbitro Institucional en el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo.

2) Victoria Sofia Pacevicius. Abogada con orientación en Derecho Privado y Derecho Notarial. Facultad de Derecho. UBA.

3) Poe, Edgar Allan. Historias Extraordinarias. "La barrica del amontillado". Editorial Maucci. Barcelona, España. 1887.

4) N.A Para una mayor profundidad en el tema véase; Scotti, Luciana. Régimen de los contratos celebrados por medios electrónicos. A la luz del derecho vigente y del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. En: Erreius, Ed. ERREPAR, Buenos Aires, 1 de noviembre de 2013. www.erreius.com. Klein Vieira, Luciane. La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado. Editorial La Ley, Buenos Aires 2017.

5) N.A Véase; Ley N° 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva, donde se dispone la emergencia sanitaria, económica y social, junto con sus normas reglamentarias y complementarias como ser el Decreto N° 260 de fecha 12 de marzo de 2020 y sus modificatorios donde se amplió por el plazo de un año desde la entrada en vigencia de dicha norma, la emergencia pública en materia sanitaria en virtud de la Pandemia declarada por la ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el Coronavirus COVID19. Notese que el plazo de la referida emergencia sanitaria fue prorrogado hasta el 31 de diciembre del presente en virtud de lo establecido en el Decreto 167 de fecha 11 de marzo de 2021.

6) 10162/2011 - "Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores (ADDUC) c/ Banco Itau Argentina S.A s/ ordinario" - CNCOM - SALA B - 14/12/2020. El Dial.

7) Japaze, Belen. " El deber de información" en Rusconi, Dante D. (Cord) Manual de Derecho del Consumidor. Editorial Abeledo Perrot. 1° Edición. Buenos Aires 2009.

8) Decreto N° 1.759/72 T.O. 2017 ARTÍCULO 19. Constitución de domicilio especial.

a. Presentaciones en soporte papel. Toda persona que comparezca ante

autoridad administrativa, por derecho propio o en representación de terceros, deberá constituir un domicilio especial dentro del radio urbano de asiento del organismo en el cual tramite el expediente. Si por cualquier circunstancia cambiare la tramitación del expediente en jurisdicción distinta a la del inicio, el interesado deberá constituir un nuevo domicilio especial. Se lo hará en forma clara y precisa indicando calle y número, o piso, número o letra del escritorio o departamento; no podrá constituirse domicilio en las oficinas públicas, pero si en el real de la parte interesada, siempre que este último esté situado en el radio urbano del asiento de la autoridad administrativa. departamento; no podrá constituirse domicilio en las oficinas públicas, pero si en el real de la parte interesada, siempre que este último esté situado en el radio urbano del asiento de la autoridad administrativa.

b. Presentaciones mediante la plataforma electrónica de Trámites a Distancia (TAD). Toda persona que comparezca ante una Autoridad Administrativa mediante la Plataforma Electrónica de "TRÁMITES A DISTANCIA" (TAD), por derecho propio o en representación de terceros, deberá constituir un domicilio especial electrónico en el cual serán válidas las comunicaciones y notificaciones.

c. La cuenta de usuario de la plataforma electrónica de Trámites a Distancia (TAD) será considerada el domicilio especial electrónico constituido para aquellos trámites que se gestionen utilizando dicha plataforma.

9) CNCiv., Sala "A", 9/11/98, Rev. LA LEY del 20/8/99, fallo 99.178; CNFed. Civil y Com., sala II, 21/10/97, Rev. LA LEY del 30/6/98, fallo 97.386 y su nota; Cit en Kalejman, Mauricio. "La constitución del domicilio especial o de elección. Comentario al fallo "Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo Armar Ltda. c/Compañía Chilena de Tierras SA s/Ejecución Hipotecaria". Editorial IJ Editores. Revista de Derecho Procesal Civil y Comercial - Número 5 - Diciembre 2013. IJ-LXX-292.

10) Ripert, Georges. Boulanger, Jean. Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol. Tomo II. Vol I. Editorial La Ley. Buenos Aires 1988. Pg 85 y 86.

11) Resolución N° 616/2020 Art 2 "Las partes deberán constituir domicilio electrónico a los efectos de recibir allí las notificaciones que se cursen a lo largo del procedimiento conciliatorio. Las y los consumidores, al efectuar el trámite de alta en el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC), consignarán una única dirección de correo electrónico, la que tendrá carácter de domicilio constituido y en la que serán consideradas válidas todas las notificaciones que se cursen en el marco del COPREC".

12) Cruz Matteri, Juan Ignacio. Comentario Art 75 CCYC. en Garrido Cordobera, Lidia Maria Rosa (Dir) Código Civil y Comercial Comentado. Editorial Astrea. Buenos Aires. T I.

13) Cruz Matteri, Juan Ignacio. Ob cit pag cit.

14) En este sentido Japaze, Belen. "El deber de información" en Rusconi, Dante D. (Cord) Manual de Derecho del Consumidor. Editorial Abeledo Perrot. 1° Edición. Buenos Aires 2009 Pg 196 y ss.

15) Japaze, Belen. Ob cit Pag cit.

16) Stiglitz, Gabriel. Hernández, Carlos A. (Directores). Tratado de Derecho del Consumidor. Tomo I. Capítulo IX. Editorial Thomson Reuters. La Ley. Buenos Aires 2015. 299 y ss.

17) Stiglitz, Gabriel. Hernandez, Carlos A. (Directores). Tratado de Derecho del Consumidor. Tomo I. Capítulo II Principios del Derecho del Consumidor Thomson Reuters. Editorial La Ley. Buenos Aires 2015. Pg 299.

18) Expte. N° 632.535-18 - "Jalif, Carlos Martín; Jalif, Mariano Augusto; Jalif, Florencia Sofía vs. Latam Airlines Group S.A. /Lan Airlines S.A. - acciones de ley defensa del consumidor" - CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SALTA - SALA PRIMERA - 18/11/2020. El Dial.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 27 DE ABRIL DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.75, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.77, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.344, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Ley 24.240 Art.2, Ley 24.240 Art.43, Ley 24.240, DECRETO NACIONAL 1.759/1972 Texto ordenado por Decreto Nacional 894/2017

El tratamiento de los servicios públicos domiciliarios en la Ley de Defensa del Consumidor

COSENTINO, PATRICIO M.

Publicación: www.saij.gob.ar, 3 DE MAYO DE 2021

TEMA

CONTRATOS DE ADHESION-RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-IN DUBIO PRO CONSUMIDOR-SERVICIO PUBLICO-SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO

TEXTO

1. INTRODUCCIÓN.

Creemos que el tratamiento jurídico de los servicios públicos domiciliarios es uno de los que ha suscitado más controversia en los últimos años respecto de la calidad del servicio prestado y las consecuencias que las deficiencias del mismo han generado en la vida diaria de los usuarios.

Es decir, pocos servicios o productos de los comprendidos dentro de estatuto consumeril(2), tienen automáticamente una consecuencia inmediata tan evidente en la calidad de vida de quien los utiliza(3). Ello sumado a la imposibilidad que estos últimos puedan elegir tener otro proveedor, siendo un monopolio impuesto por el Estado en los supuestos de la provisión de gas, electricidad y agua. En este sentido se ha expedido la CSJN en el fallo "CEPIS"(4).

No dejan de representar un problema las disonancias entre lo que nos dicen las reglamentaciones específicas de los servicios públicos, y las obligaciones que impone el estatuto de consumo. Es decir, que más allá de las complejidades propias que tiene la provisión del servicio público (por el volumen de usuarios o por la permanencia obligada), las concesionarias suelen atenerse a las disposiciones administrativas que regulan el servicio (suelen ser más específicas, direccionadas a lo técnico, y menos a los deberes de las distribuidoras o concesionarias) y no a las obligaciones legales a su cargo.

La cuestión de los servicios públicos nos lleva a aspectos más específicos como el referido a las condiciones monopólicas, las tarifas, los entes reguladores independientes, etc. Sin embargo, debido al limitado marco de este trabajo sólo nos referiremos a ellos, en lo que respecta a su interrelación con el derecho del consumidor.

Resulta recalable que la provisión del servicio excede el mero incumplimiento del contrato o de la ley, y en ocasiones puede tener relación directa con la subsistencia de determinados usuarios(5).

Podemos afirmar, partiendo de las características de este mercado, existiendo proveedores monopólicos, las acciones colectivas resignifican la reivindicación de los derechos de los usuarios y consumidores de servicios públicos, a la hora de exigir mejores condiciones de servicios, como así para discutir la arbitrariedad o confiscatoriedad de las tarifas que se fijen por fuera de los procedimientos, que la ley y la Constitución Nacional establecen(6).

2. LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Lo antedicho nos lleva a la necesidad de, previamente, explayarnos sobre que hablamos cuando nos referimos al concepto de servicio público.

La ley regula específicamente los servicios públicos "domiciliarios" o "a domicilio", como afirma el artículo 25 de la LDC. En este sentido, delimitamos la relación jurídica regulada a la que se suscite respecto de la provisión de un servicio público y que el mismo se preste en el domicilio del consumidor o usuario.

En principio, cuando hablamos de servicio público nos referimos a la

actividad que busca la satisfacción de una necesidad pública (colectiva, o de interés público). Entonces, en cuanto a la necesidad pública, comprendemos la suma de necesidades individuales que, si bien no todos las tienen, según el tipo de actividad, se presupone que la mayoría la debería tener.

Sostiene Gordillo que el servicio público debe estar dotado, de "medios exorbitantes al derecho común", puntualmente, de un régimen de derecho público que implique generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad del mismo(7). Y agrega el maestro, que el más importante es el de continuidad, no significando aquello que sea ininterrumpido, sino que satisfaga la necesidad pública toda vez que ella se presente.

Respecto de servicios públicos como los de gas, electricidad y aguas corrientes, debemos poner énfasis en que el carácter de continuidad se traduce en el deber del proveedor de procurar prestación continua (ininterrumpida) del servicio.

También podemos tomar los elementos esenciales de la noción de servicio público, que son: el fin que cumple, la persona que lo atiende y el régimen que lo regula.

Siendo el primero determinado por la satisfacción de una necesidad colectiva, como fin necesario del servicio público, este elemento se debe complementar con que puede ser prestado por la Administración o por el ente al que éste último conceda el servicio, y finalmente, se regirá por un régimen jurídico especial, que asegurará la continuidad, uniformidad, regularidad y generalidad del servicio prestado.

Pero quizá el elemento más interesante, en relación a la disciplina que aquí nos interesa, es éste último, que otorga grandes facultades en relación a los usuarios que utilizan los servicios.

Ya lo decía el maestro Agustín Gordillo: "(...) si el servicio llega a ser irregular, aquel régimen jurídico tiene por principal resultado que la mayoría de los usuarios deban resignarse a recibir un mal servicio, y que en consecuencia la suma de los intereses individuales relacionados con el servicio sea precisamente la contraria de la que el régimen jurídico entiende asegurar. Así llegamos a que el régimen jurídico, en lugar de contemplar el interés público, ataca el interés público(...)"; entonces, corresponde que: "si hay una posibilidad seria que el servicio no sea prestado eficientemente, corresponde, en defensa del interés público (que, repetimos, sería en el caso de la suma de la mayoría de los intereses individuales de los usuarios del servicio), que se dé al administrado los medios jurídicos para compeler al ente que presta el servicio, a prestarlo como corresponde"(8).

3. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN A LDC.

1. Primeras aproximaciones.

Dentro de la categoría de servicios públicos, encontramos a aquéllos que son prestados en una propiedad, aún siendo la misma comercial(9).

A partir de ello, el usuario de un servicio público, se encuentra jurídicamente en una relación que lo vincula al prestador de una forma diferenciada a la de las relaciones de consumo en general, pues aquella se produce en el ámbito de una actividad extraída del mercado por la regulación, bajo un Marco Regulatorio específico (que comprende desde las normas y principios generales del sector hasta las de la prestación concreta del servicio, incluyendo reglamentos de suministros, de explotación, del servicio, del usuario, etc.) previendo un sistema tarifario y la existencia -en general- de un ente regulador que concentre funciones normativas, de control y jurisdiccionales, y uno de cuyos objetivos es la defensa de los derechos del usuario, tanto como asegurar su participación -audiencias públicas, documentos en consulta, etcétera- en las decisiones trascendentes del servicio.

Existen algunas diferencias respecto de las relaciones de consumo en general, donde la actividad está en el mercado, con precios que los determina éste último, y donde no es esencial un Marco Regulatorio sectorial (reglamentos de

suministro del servicio), menos aún la existencia de un ente regulador ni garantizar la participación en éstos de los usuarios o consumidores.

La relación entre el prestador de un servicio público y el usuario, se ha caracterizado como de índole contractual y en principio se halla regida por el Derecho Privado, pero se encuentra imbuida bajo una abundante reglamentación administrativa que deriva de los Marcos Regulatorios, pliegos de privatización, el reglamento del usuario o del servicio, etcétera; existiendo un marco jurídico que determina una relación compleja e híbrida(10).

La realidad es que estas reglamentaciones en sus diversas expresiones son las que generalmente esgrimen los proveedores de servicios invocando preeminencia respecto de la ley defensa del consumidor. Y suelen verificarse discordancias en materia comercial (tasas de interés por mora, deberes y facultades de la empresa proveedora) o técnica, entre ambos regímenes jurídicos.

Resulta errado hacer valer la regulación del MR frente a la ley de consumo a esta altura, pero a veces se suceden supuestos en que el conflicto no es tan evidente. Por ejemplo, el estatuto de consumo no prevé un plazo en el que la interrupción del servicio implica un incumplimiento o infracción de parte del proveedor, sin embargo, los marcos regulatorios suelen determinarlo de forma pormenorizada(11).

En relación a la articulación entre las normas de consumo y los marcos regulatorios, hay dos etapas cronológicas que destacar: 1) Con anterioridad a la vigencia de la ley 26.361 (2008), es decir se aplicaba supletoriamente la LDC(12); y 2) El sistema, donde se aplican simultáneamente ambos ordenamientos, pero en caso de duda, resulta de aplicación obligatoria la normativa de consumo(13), explicitándose la posibilidad de efectuar reclamos de modo indistinto (pero no simultáneo) ante la autoridad de aplicación de la ley y la establecida por el marco regulatorio específico.

La reforma vino a dar sustento normativo a la necesidad de los consumidores de tener una solución rápida y efectiva, ante las diversas circunstancias que puedan derivar de la provisión del servicio. Por tanto, el usuario tendrá la posibilidad de acudir a la autoridad de aplicación de la ley (por ejemplo una oficina municipal de defensa del consumidor, con atribuciones otorgadas por las provincias -conf. Art. 41 de la ley 24.240-) o a la que entienda respecto del proveedor del servicio público(14).

Se impone, entonces, el principio in dubio pro consumidor, contenido en el art. 3 de la LDC y el art. 1094 del CCyCN. Normas que se apartan de los principios generales sobre la interpretación de los contratos prevista en los arts. 1061 a 1068 CCyC.

En ese orden de ideas, siendo contratos de adhesión y a su vez de consumo, se deja de lado lo dispuesto en el art. 1061 CCyC que dispone que los acuerdos deben interpretarse conforme la voluntad de las partes. Cuando se trata de relaciones de consumo, prevalece la conveniencia del usuario consumidor sobre la intención real o presunta de la parte.

Este diálogo de normas implica que, si tenemos disposiciones que suponen una regulación del mismo supuesto, deberá aplicarse la que resulte más favorable al consumidor o usuario, así de simple.

Sobre este tema, debemos mencionar el pronunciamiento de la CSJN en el fallo "Telefónica"(15) en el que sin negar las facultades de control de la Comisión Nacional de Comunicaciones (ahora ENACOM), el artículo 25 de la Ley de Defensa del Consumidor es clara, en tanto establece, que en caso de duda se debe aplicar el régimen tuitivo.

En dicho caso, dictaminó la Procuradora Fiscal respecto de las facultades de la autoridad de aplicación local, sobre de la sanción aplicada al proveedor del servicio, que la misma no ejercía facultad regulatoria alguna, sino que se tuvo por finalidad "resguardar los intereses de los consumidores en la particular relación de consumo que une a las empresas de telefonía móvil con sus clientes, en carácter de consumidores y usuarios del sector, ejerciendo

el Poder de Policía de Consumoo". Y agregó que "En el caso sub examine, según lo indicado en el primer párrafo de este acápite, la pretensión de la Secretaría de Defensa de Consumidor al iniciar las actuaciones administrativas estuvo circunscripta a resguardar los intereses de los usuarios por una interrupción de los servicios de telefonía móvil y no dirigida a que se sancione a la empresa por fallas técnicas que la ocasionaren"(16).

No fue sorpresiva la posición de algunos sectores de la doctrina que se opusieron a la existencia de estos dos tipos de autoridades de aplicación, por entender que se prestaba la situación a que se generen contradicciones innecesarias.

Pero a nuestro entender, la reforma a la ley 24.240, no hizo más que adaptarse a los preceptos que la Constitución Nacional nos obligaba a acatar(17).

2. Entonces, podemos mencionar ejemplificativamente, los supuestos de: a) Energía eléctrica, ley 24.065, Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE)(18); b) Gas natural, ley 24.076, Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas); c) Telefonía básica, ley 19.798, 26.522 y 27.078 Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM)(19); y d) Agua potable y desagües cloacales, ley 26.221, Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS).

En el caso de la distribución de energía eléctrica, más allá de la creación de la ley 24.065 (que crea el mencionado ENRE), las provincias deben regular la actuación de las distribuidoras provinciales y municipales(20) (21). Los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional constituyen normas federales; con toda claridad en el servicio básico telefónico y en el de gas natural, mientras que en energía eléctrica esto aplica a las distribuidoras cuyas concesiones se otorgaron sobre la actividad que correspondía a SEGBA(22).

En el caso de la provisión de agua potable y colección de desagües cloacales, aparece convenido el carácter interjurisdiccional de servicios, por lo que su Marco Regulatorio está aprobado por ley del Congreso de la Nación y su ente regulador y agencia de planificación pertenecen a la Administración Pública nacional.

A partir de allí, como hemos referido anteriormente, cuando la LDC reformada faculta a los usuarios de los servicios a presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación la misma ley, lógicamente entendemos que esto no puede significar que esta última pueda sustituir al ente regulador en el ejercicio de las competencias que son propias de éste.

Luego, y reiterando lo referido por nuestro máximo tribunal, los reclamos en los que puede entender la autoridad de aplicación -nacional o local- de la LDC reformada, creemos que son aquellos que no se resuelven por aplicación e interpretación del Marco Regulatorio, en tanto éste, en los servicios públicos de competencia nacional, se conforma de normas federales cuya autoridad de aplicación es exclusivamente el ente regulador respectivo.

Esto no quita, que por ejemplo en el caso de la energía eléctrica el ENRE pueda resolver reclamos por daños(23), o que de hecho pueda aplicar la LDC u otra norma(24), por razones de interrupción de suministro eléctrico(25). Recordemos que el ejercicio de la facultad sancionatoria o no mediante una resolución administrativa del Ente, enerva la posibilidad de que en el marco del proceso administrativo por la vía del Recurso de Reconsideración (N° 19.549) o en forma subsidiaria o alternativa, por la vía del Recurso de Alzada (Artículo 94 del citado Reglamento y en el Artículo 76 de la Ley N° 24.065), o incluso, mediante el Recurso Directo por ante la CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL (Artículo 81 de la Ley N° 24.065) pueda ser revisado lo actuado en sede administrativa.

4. LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS EN LA LDC.

A) Dentro del Capítulo IV, luego del importantísimo artículo 25(26)

(inmediatamente relacionado a los arts. 3, 4 y 8bis) aparece el deber de reciprocidad de trato(27), que puede verse representado en diversas situaciones a lo largo del vínculo contractual.

El precepto busca dejar plasmado que no puede el proveedor en esta relación asimétrica (y en la mayoría de los casos impuesta) poner al usuario en situaciones vejatorias o que afecten a su dignidad (por ejemplo, en el aspecto comercial, resolviendo los reclamos en forma rápida y efectiva, brindando información eficaz y dialógica con el cliente, etc). Ello si bien, la norma refiere puntualmente el tratamiento sobre reintegros y devoluciones que deba efectuar la prestataria.

También relacionado con lo anterior, el artículo 27(28) trata lo relativo al registro de los reclamos de los clientes, las variadas vías por las que los mismos puedan efectuarlos, los plazos perentorios para su satisfacción y el trato personalizado (esto último, de difícil logro en la práctica).

Esta disposición persigue el cumplimiento o satisfacción adjetiva de los preceptos de la ley, en sede administrativa. Ello sin perjuicio de las cuestiones específicas relacionadas con el supuesto de interrupción o alteración del suministro (art. 30) y la facturación excesiva(29) (art. 31) y/o el supuesto de defectos en la medición por parte de los instrumentos de los que se vale el proveedor.

Entonces, el reclamo del consumidor permite que la empresa identifique la contingencia, pueda solucionarla y a su vez, la empresa pueda optimizar sus capacidades técnicas, instalaciones y recursos humanos disponibles. Ello, con la finalidad de proporcionar la mayor idoneidad, calidad y eficiencia (art. 42 de la CN) a la hora de proporcionar un adecuado producto y servicio técnico, y atención al cliente(30).

De este modo, el registro de la información relativa al reclamo(31) por irregularidades en la provisión del servicio, tiene también la función de que se cuente con la información que puede utilizar el usuario al momento de petitionar tanto en sede judicial, como administrativa, sanciones y/o la reparación del daño causado.

Por esto mismo es que la norma resalta la perentoriedad de los plazos(32) para contestar los reclamos de los usuarios, evitando dejar al consumidor en una situación de incertidumbre, dando información sobre cómo resolverán el problema, respetando el deber de trato digno respecto del cliente. Si los marcos regulatorios específicos establecen un plazo mayor, por aplicación del art. 25 y el 3 de la LDC, será aplicable la normativa más favorable al usuario.

Ahora, cuando nos referimos a la satisfacción del reclamo, hablamos del deber de solución efectiva de la situación que dio origen al mismo en forma acabada y plena, restituyendo la situación fáctica a su estado anterior, reintegrando lo percibido, con más los intereses y las indemnizaciones o multas debidas. En tanto no es lo mismo contestar, que solucionar el reclamo, por lo que corresponde atender a los plazos específicos que en cada caso determinan los marcos regulatorios(33).

B) Seguridad de las instalaciones e información.

El artículo 28, tiene dos implicancias: 1) Una explícita e inmediata, que es el deber de aportar información al usuario sobre las condiciones de seguridad de los elementos que se instalan en el domicilio para la provisión del servicio (relacionado con los arts. 4 y 6 de la LDC); y 2) una automática posterior, que éstos no deben producir daños a la salud y la integridad física de los consumidores, quienes deben tener conocimiento del riesgo que puede derivar de manipular incorrectamente las instalaciones (art. 6) como cuestión previa y de carácter preventivo. Ello, implica un supuesto específico del deber de información y de seguridad (conforme el Capítulo II de la ley trata de modo genérico) (34).

En este caso, el deber genérico de información, aplicado al supuesto

específico, deberá adaptarse a las especiales circunstancias que se generan en derredor de un servicio que se caracteriza por la existencia de redes de instalación internas y externas al domicilio del usuario, debiendo contar con elementos necesarios para la provisión del servicio en la vivienda(35).

El precepto parte de la base que, sin perjuicio de cualquier incumplimiento en la prestación del servicio en la que pueda incurrir el proveedor, que siempre este último debe probar haber informado adecuadamente al usuario, como obligación independiente, y preventiva de cualquier daño que pueda derivar de los instrumentos de la empresa. Por supuesto, que lo anterior no exonera de responsabilidad alguna por daños al proveedor o a un tercero, el simple hecho de haber informado al usuario. En cuyo caso, se aplicarán las normas específicas atinentes a atribuir, o no, responsabilidad por daños(36).

C) Instrumentos y unidades de medición.

El artículo 29, trae la facultad de la autoridad competente (a modo de armonización entre ambos regímenes) de verificar los instrumentos de medición (que son de su propiedad) ante cualquier duda que surja respecto de la medición de la utilización o consumo del servicio.

Es una forma de garantizar el control individual de los consumos, tanto por parte del usuario y el proveedor, como de la autoridad de aplicación. Incluso la norma establece que la factura deberá recibirla el usuario con diez días de anticipación respecto de la fecha de vencimiento.

Esta disposición tiene relevancia, ya que el cargo variable(37) de la factura, deriva de la medición que se haga respecto de cada consumo realizado en un período determinado. Por otro lado, se le deben dar al consumidor el tiempo, la claridad y suficiencia en el contenido de la factura, y las instancias de control necesarias, para garantizar que pague el consumo que efectivamente utilizó.

En este sentido, la ley pretende no sólo la transparencia en la determinación de lo facturado, sino que el consumidor pueda controlar lo que consume y lo que paga (asimilable al concepto de consumo sustentable), lo que no resultaría, entendemos, compatible con los sistemas de "tarifa fija"(38).

El usuario tendrá a su disposición tanto de controlar el mismo los instrumentos de medición (no siempre es posible o sencillo), como la posibilidad de realizar reclamos a la empresa, pero también ante el ente regulador (que también debe de oficio para prevenir abusos de las empresas, ejercer de modo eficiente su función de control y su poder sancionador(39)). Y en última instancia el acceso a la instancia de judicializar el reclamo, por aquéllas facturaciones que registren consumos no realizados o deficientemente medidos.

D) Interrupciones y alteraciones de suministro.

El artículo 30 nos pone frente a uno de los puntos más importantes en materia de regulación de los S.P.D dentro de la ley. El relativo a la calidad del producto técnico.

La disposición, busca facilitar la posibilidad que el usuario sea resarcido por las consecuencias inmediatas derivadas de la interrupción o alteración del suministro. Lo hace a través de una presunción iuris tantum, en caso del SPD interrumpido o que sufre alteraciones, teniendo la empresa un plazo máximo de treinta (30) días para demostrar que el incumplimiento no le es imputable. En caso contrario, la empresa debe reintegrar el importe equivalente al servicio no prestado(40).

Adunado a la desigualdad estructural existente entre el usuario y su grupo familiar y la empresa proveedora del servicio público, tenemos que el prestador actúa en un mercado monopólico(41). Por lo que el cliente queda sujeto a condiciones que no puede negociar o discutir, y la regulación no tiene otra función que controlar la actuación de la empresa evitando que de la misma se generen circunstancias abusivas y lesivas, respecto del usuario o

consumidor.

Parece acertado que la norma aplique la presunción al supuesto de alteración, y no solamente respecto de la interrupción del servicio. De este modo, no solo la falta de provisión del servicio puede ser sancionado, sino también la falta de cumplimiento respecto de los parámetros técnicos necesarios para que el consumidor pueda utilizarlo en condiciones óptimas y seguras.

Independientemente de las razones que se puedan esgrimir con motivo del mal estado en que las concesionarias recibieron en materia de infraestructura(42) de las empresas públicas que las precedieron.

La falta de agua(43), gas o electricidad, no sólo implican un incumplimiento legal o contractual de parte del proveedor en la mayoría de las ocasiones, sino también consecuencias inmediatas relacionadas con la vida del usuario y su grupo familiar, siendo las mismas jurídicas y sobre todo fácticas y tangibles(44).

Es importante destacar que el hecho que el estatuto de consumo trate el incumplimiento del proveedor por defectos en el servicio o el producto técnico, trae aparejado como consecuencia que el usuario pueda reclamar el resarcimiento y las sanciones correspondientes ante la autoridad de aplicación (lo establece el art. 47 de la LDC, y disposiciones de cada provincia en uso de las facultades que se le otorguen a las autoridades locales de aplicación, conforme el art. 41 de la ley). Ello sin perjuicio de la tutela adjetiva correspondiente en sede judicial.

Otro elemento a tener en cuenta del por qué es importante el hecho de que la norma no pretenda especificar que se entiende por interrupción o por alteración (tiempos, o especificaciones técnicas), tiene fundamento en que este es un contrato de consumo (art. 1093 del CCCN) y de adhesión (art. 984), pero en términos concretos (en el supuesto de la provisión de agua, luz o electricidad al menos), no puede ser resuelto por el consumidor en caso que este no reciba la prestación del servicio en los términos pactados, aún siendo el incumplimiento del proveedor, de tipo esencial (art. 1084 del CCCN).

Es decir, la asimetría contractual en este caso, deriva de las características de los sujetos que intervienen en el contrato (carácter subjetivo) de la capacidad económica de los mismos (faz objetiva), e incluso, las particulares notas de la dinámica contractual impiden al usuario elegir extinguir el contrato y contratar con otro competidor en el mercado que la empresa opera(45). Por supuesto que el proveedor sí dispone de la posibilidad ante cualquier incumplimiento esencial del consumidor extinguir el contrato y reclamar los períodos impagos, con más los intereses compensatorios y punitivos correspondientes.

E) Los certificados de libre deuda.

Con una evidente relación con los arts. 1100 del CCCN y 4° de la ley 24.240, el art. 30bis (incorporado por la ley 24.787) impone a la empresa prestataria del servicio, de incorporar en las facturas (en consonancia con el art. 29) el detalle y mención preciso de períodos o deudas pendientes de pago, describiendo los conceptos que componen la deuda. En caso de no existir deudas pendientes, deberá constar dicha circunstancia en el documento, con la leyenda: "No existen deudas pendientes".

Por otro lado, la norma establece que la consecuencia de la no incorporación de esta leyenda y tampoco del detalle de períodos impagos, implicará que el usuario no tiene deuda alguna, y por lo tanto, que el proveedor no podrá iniciar gestión alguna de cobro contra su cliente.

Finalmente, en caso de deudas, los conceptos que se reclamen se deben facturar en un documento separado respetando el detalle que impone el primer párrafo del artículo.

Se deriva un fin práctico y tutelar respecto del usuario, en tanto el mismo dispondrá en cada factura del estado de su cuenta, pudiendo controlar y reclamar el incumplimiento total o parcial que se le requiera.

F) El caso de las variaciones regulares estacionales y no estacionales.

Presunciones por facturación errónea.

La ley establece en forma diferenciada los supuestos de las variaciones regulares estacionales y no estacionales. A modo de ejemplo, entre los primeros encontramos a los servicios de gas y electricidad, y dentro de los segundos el servicio telefónico.

Entonces, respecto de los primeros, en caso de registrarse una variación en el consumo de más del 75% correspondiente al mismo período en los dos años anteriores a la facturación, operará la presunción de la ley respecto de la existencia de un error en la misma.

Y en el caso de los servicios de consumos no estacionales, se presume el error en la factura cuando el exceso se registre respecto del promedio de los últimos doce meses.

El consumidor, verificada la variación en los términos aludidos, deberá abonar la suma promedio y por supuesto hacer el reclamo correspondiente por sobrefacturación a la empresa prestadora.

Agregamos que la ley no estipula un plazo para hacer el reclamo, pero presupone que el pago debe hacerse antes del vencimiento de la factura y el reclamo se hará con posterioridad, habiendo acreditado el cliente que cumplió con la obligación de pago a su cargo. Por otro lado, mientras se encuentre tramitando el reclamo, no podrá suspenderse el servicio ni aplicar recargos por mora.

En caso de silencio o de rechazo respecto del reclamo del usuario, éste podrá requerir la intervención de la autoridad administrativa dentro de los 30 días desde que reclamó o que contestó el proveedor en sentido negativo.

En sede administrativa, cuando el reclamo sea resuelto en forma favorable respecto del usuario, la empresa deberá reintegrar el monto abonado en exceso, más los intereses por mora y un crédito que equivaldrá al 25% del importe cobrado o reclamado indebidamente, debiendo acreditarse dichos conceptos en la factura inmediata subsiguiente(46). Mientras que, si favorece al prestador, deberá el cliente pagar la diferencia adeudada con más los intereses por mora, que operarán desde el vencimiento de la factura discutida hasta la fecha de pago.

No debemos soslayar la complejidad que tiene para el usuario promedio el hecho de interpretar las facturas de servicios públicos. En las mismas se suelen incorporar los elementos que determinan la facturación, siendo los mismos: tablas con consumos de períodos y años anteriores, el monto correspondiente por la unidad de medición correspondiente al tipo de servicio en cuestión, rubros impositivos, cargos fijos (no tiene relación con el uso que hace el usuario del servicio) y variables (que si dependerá del consumo de cada cuenta).

También, en el 3° párrafo del artículo 31 encontramos el tratamiento respecto del supuesto de los conceptos indebidos o facturas ya abonadas, respecto de los cuáles se faculta al usuario a abonar los conceptos que no fueran reclamados únicamente.

En dicho caso, el procedimiento es similar al caso de la sobrefacturación, pero deberá el cliente abonar los conceptos que entienda corresponden (impugnando los que entienda incorrectos o la facturación indebida) y hacer el reclamo por los irregularmente comprendidos en la factura en cuestión.

Respecto de las tasas de interés por mora, la ley establece que no podrá exceder el 50% de la tasa pasiva para depósitos a treinta días del Banco de la Nación Argentina, correspondiente al último día del mes anterior a la efectivización del pago.

La norma prevé y aclara, que las facultades que se confieren al usuario mediante el artículo 31, en nada inciden en la posibilidad que tiene éste de accionar judicialmente sin previo paso por la instancia administrativa(47).

Notas al pie:

1) Patricio Manuel Cosentino, Abogado (UBA). Secretario Letrado de Refuerzo en el Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Trelew, Chubut. Especialista en Derecho de Daños (UBA), Maestrando en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UBA); Especialización en Discapacidad y Derechos de la UBA (con tesina pendiente); Posgrados en Disc. y Derechos;(UBA), Rel. Individuales del Trabajo (dictados en la UBA y en el CASI), Diplomado en Oralidad y Derecho Procesal Civil (Universidad AUSTRAL); integrante del Programa Discapacidad y Derechos de la UBA; Docente invitado en la materia Discapacidad y Derechos en la UBA y en Derecho Civil I de la UNPSJB.

2) Un universo casi inagotable.

3) A estos fines adquiere especial significación el criterio que surge de la Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, titulada "El derecho a una vivienda adecuada", del 13 de diciembre de 1991, en la que se emitió opinión sobre el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional). En el punto 8.b se afirma que una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, comodidad y la nutrición, y que todos "los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado". En el punto 8.c. se expresa que los "gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción' de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de la vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso (...)".

4) CSJN, el 18/08/2016 en "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo." (FLP 8399/2016/CS1).

5) Al respecto, tenemos aquéllos usuarios que requieren a modo de ejemplo, de mecanismos de asistencia respiratoria, a los que la doctrina y el derecho comparado ha denominado consumidores "hipervulnerables", específicamente en el caso del suministro eléctrico "electrodependientes" (conf. ley 27.351).

6) Supuesto, en el que tienen intervención tanto el poder ejecutivo, como la autoridad de aplicación y pueden ser legitimados pasivos.

7) Gordillo, Agustín en "TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO"; Tomo 2, p. VI-34, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, 4° Edición. 2000.

8) Gordillo, Agustín, "Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos", LL T. 106-1187, año 1962 - Páginas de ayer 2004-10, 29.

9) Luego veremos, que aún en los casos en que el usuario realice una explotación comercial o profesional, esto no implica que este se encuentre excluido del estatuto consumeril, como usuario y consumidor. Por ejemplo, un estudio contable o una heladería pueden demandar invocando normas de consumo a una distribuidora de electricidad, por interrupción o alteración del servicio, dada la asimetría existente entre ambos y la profesionalidad de este último, entre otros argumentos.

10) PERRINO, Pablo, La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados, en obra conjunta, Contratos administrativos, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 158.

11) Por ejemplo, lo dispuesto por el ENRE en el ANEXO XVI, SUBANEXO 4, titulado "NORMAS DE CALIDAD DEL SERVICIO PUBLICO Y SANCIONES PARA EL PERIODO 2017/2021" (EDESUR S.A.). Dicho anexo determina los parámetros de calidad respecto del producto técnico suministrado (se refiere al nivel de tensión), servicio técnico prestado (frecuencia y duración de las interrupciones) y servicio comercial tiempos utilizados (pedidos de conexión, facturación estimada, errores en la facturación, suspensión del suministro por falta de pago, etc).

12) En su texto original, la ley 24.240 establecía en el artículo 25: "Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, aplicándose la presente ley supletoriamente."

13) El actual artículo 25 de la LDC, reza: "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".

14) Provincial o Nacional, dependiendo el caso.

15) CSJN, en autos: "Telefónica Móviles Argentina SA s/ inhibitoria (expte. N° 303231/79176/11) Secretaría de Defensa del Consumidor)", 24/05/2016, Cita Online: AR/JUR/27248/2016.

16) Transcripción del Dictamen de la Procuradora Fiscal de la Nación. El 24/05/2016 los Dres. Maqueda, Highton de Nolasco y Lorenzetti compartieron los argumentos de la Procuradora. El último párrafo transcripto tiene especial trascendencia en el objeto de esta obra, al aportar herramientas para la confección de la demanda de consumo. El régimen consumeril no pretende ser autosuficiente y abarcar las complejidades técnicas de cada servicio, para ello, actuarán las autoridades de aplicación o los organismos de control. Y en este sentido es común en la práctica forense que algún colega intente el reclamo por alteración o interrupción en el suministro (por ej. Ante el ENRE), y obteniendo una resolución favorable en sede administrativa ofrezca las actuaciones administrativas como prueba instrumental a los efectos de tener por acreditada la falla de servicio en el expediente judicial.

17) El artículo 42 en su parte final reza: "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."

18) Cada provincia regula el régimen jurídico de sus distribuidoras provinciales, fijando las tarifas por la prestación del servicio tomando como parámetro el precio mayorista que fija CAMMESA (Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico, portal web: <http://portalweb.cammesa.com/default.aspx>).

19) Creado por el decreto 267/2015.

20) Que se organizan internamente de diferentes maneras, por ejemplo, es frecuente encontrarnos con cooperativas dedicadas a la provisión de electricidad y agua potable, donde los usuarios son denominados.

21) Por ejemplo, la ley número 11.769, que establece el Marco Regulatorio Eléctrico de la Provincia de Buenos Aires, (Texto Actualizado con las modificaciones introducidas por las Leyes 13929, 14068, 14989 y 15026.). La misma regula las actividades de generación, transporte y distribución de electricidad en la Provincia de Buenos Aires, determinando la actuación de la autoridad de aplicación, disposiciones relativas a tarifas, actuación de las distribuidoras provinciales y municipales, derechos de los usuarios, etc. También el marco de actuación de la ley, en relación a la normativa nacional aplicable a la actividad.

22) PERRINO, Pablo E., Distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias para la regulación de los servicios públicos, en ob. conjunta dir. por J. C. Cassagne, Servicio público y policía, en E. D. 2006-285 y ss.

23) Cuestión explicada por el mismo ENRE, en relación a la aplicación del daño directo por parte del Organismo, en el DICTAMEN A.J. N° 357/2014, del 25/06/14 (vigente la reforma del artículo 25 de la ley 26.361). El mismo aclara que: "Sin embargo, debe notarse que la competencia que la LDC confiere en la materia a la Administración es acotada; No alcanza una reparación integral (función que naturalmente le corresponde al Poder Judicial conforme el artículo 116 de nuestra Constitución Nacional) sino que debe tratarse del "daño directo" definido por la propia ley 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 o del prestador de servicios.". Por consiguiente, queda excluido del reclamo en sede administrativa, el daño indirecto (como lucro cesante, pérdida de chance, etc) así como también el daño moral."

24) O que pueda sancionar a una distribuidora por incumplimientos simultáneos de normas de consumo y de discapacidad (ley 22.431), por falta al deber de prestar condiciones de accesibilidad (Sanción a Edesur mediante RESOLUCIÓN ENRE N° 37/2018, ACTA N° 1555 del 27/12/2018).

25) RESOLUCIÓN ENRE N° 31/2016, ACTA N° 140.

26) Desarrollado en el punto 3.1 de este capítulo.

27)ARTICULO 26. - 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.

28)ARTICULO 27. -Registro de Reclamos. Las empresas prestadoras deben habilitar un registro de reclamos, en donde quedarán asentadas las presentaciones de los usuarios. Dichos reclamos deben ser satisfechos en plazos perentorios conforme la reglamentación de la presente ley.

29)Lo que no quiere decir necesariamente que exista un mal funcionamiento de los instrumentos de medición. Es decir, el error de facturación deriva de una cuestión comercial que puede tener origen en una causa técnica, o no. Y depende de la forma en la que se estime el monto facturado por el uso del servicio (ej. tiempo de uso de la línea telefónica, consumo de kWh -energía eléctrica-, etc.).

30)Tambussi, Carlos, Director, en: Ley de Defensa del Consumidor. Comentada. Anotada. Concordada. Ed. Hammurabi, 1º Edición, año 2017. P- 187.

31)El proveedor tiene la obligación de tener un registro de reclamos, que pueden ser formulados por teléfono, fax, correo o correo electrónico u "otro medio disponible", emitiendo la constancia correspondiente (que puede variar dependiendo del medio elegido para reclamar) permitiendo controlar que la respuesta se emita conforme los plazos que estipulan los marcos regulatorios.

32)El art. 27, decr.-regl. 1798/94, que reglamenta la LDC, explica que: "Las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios deberán contestar los reclamos en un plazo de diez días corridos."

33)Tambussi, Carlos, ob. Cit; P- 191.

34)A modo de ejemplo, el ENRE estableció la obligatoriedad de exigir a los usuarios que soliciten nuevos suministros (conf. resoluciones N° 225/2011 y N° 269/2012 de acuerdo a las resoluciones N°225/2011 y N°269/2012, y de los pedidos de conexión a los suministros de tarifa T1G (monofásicos o trifásicos) destinados a obras en construcción de acuerdo a la resolución N°380/2015) la presentación de un certificado (DCI) expedido por un electricista registrado. Esto fue una buena forma de dejar saldado el inconveniente relativo al estado de las instalaciones internas de los usuarios, previo a que los mismos se incorporen a la red de distribución. Esto, en relación a posibles reclamos por daños a las personas de los usuarios y terceros, y cualquier elemento de propiedad de estos últimos.

35)Ley 24.240, ART. 6º, 1º párrafo: "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.(.)".

36)Recordemos que la responsabilidad del régimen de consumo es objetiva y solidaria (conf. art. 40 de la LDC, arts. 1721 y 1757, entre otros del CCyCN), por lo que persiste el deber de acreditar la existencia del daño (art. 1737 y 1744) y su extensión, así como el factor de atribución (1734, 1721) ya que demostrada la relación de consumo que será suficiente para hacer presumir la relación causal; lo que implica que entonces el proveedor deberá probar las eximentes de ley (hecho de la víctima, un tercero por el que no deba responder o del caso fortuito que sea ajeno al riesgo derivado de la cosa o la actividad).

37)A contrario sensu, el cargo fijo es el que abona el usuario independientemente del consumo que realice. Y dependerá del tipo de suministro que posea.

38)En este sentido, resulta relevante el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata: "Allegro, Jorgelina y otro/a c. Obras Sanitarias SE s/ materia a categorizar - otros juicios", 17/03/2015, Cita Online: AR/JUR/4147/2015. En este caso, los actores pretendían que se facture el servicio, de acuerdo a lo efectivamente consumido. La Cámara revocó la sentencia de grado y ordenó a la prestataria OSSE a restituir el sistema de facturación por consumo medido y aplicando daños punitivos como consecuencia de la ilegitimidad en el obrar del proveedor y el "destrato irrazonable" en el que incurrió.

39)Cuestión plasmada en ocasión del "II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Defensa del Comsumidor y Usuario", realizado en la Ciudad de Rosario en mayo de 1994.

40)Han surgido dudas respecto a la determinación de ese valor, ya que la

empresa en definitiva en este caso no reintegra monto alguno al usuario (al no utilizar el servicio, tampoco se le facturó), sino que descuenta de lo consumido el monto equivalente a lo que habría tenido que abonar el cliente, por gozar del servicio normalmente durante el período de interrupción o alteración del suministro.

41) El artículo 42 de la Constitución Nacional reconoce el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios "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"; y la obligación de las autoridades de proveer tanto a la protección de esos derechos, así como: " (...) 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(.)".

42) Por ej. a través de Ley de Reforma del Estado N° 23.696 y el Decreto N° 2074/1990 -reglamentario de esta última- se dispuso la concesión de los servicios de distribución y comercialización prestados por Obras Sanitarias de la Nación, como así también la operatividad de las plantas de producción y tratamiento de dichos servicios (conf. art. 3 del decreto antes citado). Se estableció que el Poder Ejecutivo Nacional aprobaría el marco regulatorio aplicable -en lo que aquí interesa- al servicio de distribución y comercialización de agua potable (conf. art. 20 del decreto mencionado). Esto último fue realizado por conducto del Anexo I del Decreto N° 999/1992, cuyo artículo 9° estableció -en relación con la cuestión en estudio- que "é]l Concesionario deberá extender, mantener y renovar cuando fuere necesario las redes externas, conectarlas y prestar el servicio en las condiciones establecidas en el Artículo 6°". Dicho artículo dispuso que el servicio público de comercialización de agua potable será prestado en condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, calidad y generalidad de manera tal que se asegure su eficiente prestación a los usuarios y la protección del medio ambiente, actividad que se encontraba a cargo del Concesionario (conf. arts. 6 y 29 inc. a) del citado decreto).

43) La CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA V, en autos: "Russo, Geronimo y otros c. Aguas Argentinas SA y otros s/ daños y perjuicios", 04/08/2016 (Cita Online: AR/JUR/51224/2016), dispuso que la empresa era la quien tenía la obligación de asegurar la continuidad, regularidad, calidad y generalidad en la prestación, sin que la concurrencia del personal a su cargo ante las denuncias realizadas por los accionantes permitan eximirlo de responsabilidad ni demuestren que la problemática se hubiera resuelto. En este caso, no sólo los usuarios padecieron falta de suministro, sino que también en ocasiones falta de presión de agua.

44) Más allá de la definición jurídica del daño resarcible derivado del incumplimiento o de su procedencia ante un reclamo, a modo de ejemplo, la falta de agua durante un día entorpece la dinámica familiar en el hogar (aseo personal e higiene casera), o de electricidad puede hacer que echen a perder alimentos, así como el desarrollo de cualquier actividad dentro del domicilio del usuario (uso de electrodomésticos, internet, etc); y una suba de tensión puede dañar electrodomésticos o poner en peligro la integridad psicofísica del usuario, su grupo familiar o terceros que habiten el inmueble.

45) Incluso el usuario de servicios públicos domiciliarios está impedido de ejercer la acción estipulada en el art. 10bis, inc. c), de la ley. Es decir, de rescindir el contrato ante la alteración o interrupción del servicio, si bien como destacamos, posee la tutela adjetiva necesaria para reclamar el daño directo (en sede administrativa) o pleno (en sede judicial) derivado del incumplimiento del proveedor.

46) Debiéndose aplicar la reciprocidad del art. 26, donde se le debe reintegrar al consumidor la diferencia que se haya abonado, con más los intereses por mora que estipula la regulación específica para el caso de incumplimiento del usuario.

47) Al respecto, resulta interesante el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, Sala civil y penal, en el marco de los autos caratulados: "Magi, Francisco José c. Edet SA s/ daños y perjuicios", 29/05/2013, LLNOA 2013 (septiembre), 874. La Corte provincial en el fallo de referencia expuso (en resumidas cuentas) que la ley provincial 6608 no atribuye facultades al ente regulador para resolver en materia de daños y

perjuicios. Y a la luz del art. 42 de la CN, 3 y 25 de la LDC, si interviene en carácter de parte un usuario, no corresponde exigirle la reclamación previa en sede administrativa cuando se trate del reclamo de daños y perjuicios con motivo del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento del suministro de energía eléctrica.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 3 DE MAYO DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.984, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1061 al 1068, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1084, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1093, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1094, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1100, Constitución de la Nación Argentina Art.42, LEY 19.798, Ley 24.065 Art.76, Ley 24.065 Art.81, Ley 24.065, Ley 24.076, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.6, Ley 24.240 Art.8, Ley 24.240 Art.25, Ley 24.240 Art.28, Ley 24.240 Art.29, Ley 24.240 Art.30, Ley 24.240 Art.30, Ley 24.240 Art.31, Ley 24.240 Art.41, Ley 24.240 Art.47, Ley 24.240, Ley 24.787, LEY 26.221, LEY 26.361, LEY 26.522, LEY 27.078*

Ref. Jurisprudenciales: Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y Otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo colectivo", CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 18/08/2016

Neurociencias & Derecho. El pagaré de consumo: la legitimación del fraude. El monstruo del injusto ejecutivo. De las operaciones de venta de crédito. Tercera Parte

SHINA, FERNANDO E.

Publicación: www.saij.gob.ar, 12 DE MAYO DE 2021

TEMA

RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CREDITOS PERSONALES-PAGARE-INHABILIDAD DE TITULO-FRAUDE

TEXTO

I. Aspectos preliminares.

En este tópico introductorio vamos a intentar aclarar algunos de los conceptos periféricos que rodean al denominado pagaré de consumo. Básicamente vamos a referirnos a la libertad contractual, la obligatoriedad de los contratos, la seguridad jurídica y la noción de equidad como meta para lograr el bienestar general.

Para ello, vamos a dar por sentado que es posible que existan contratos que fueron celebrados voluntariamente y que, aparentemente, no contienen vicios que permitan declarar su nulidad. Se trata de poner en discusión algo que todos saben pero que resulta embarazoso discutir: la existencia de negocios jurídicos celebrados con discernimiento, intención y libertad (art. 260, CCyC) pero que, al mismo tiempo, son injustos.

Esta clase de acuerdos contienen una particularidad que los hace especialmente incómodos para la teoría general del contrato: son formalmente válidos, legalmente obligatorios, pero realmente inequitativos.

No pretendemos ser originales al sostener que abundan los negocios jurídicos que son tan obligatorios como injustos. Para comprobar esta reflexión alcanza con revisar alguna de las muchas ejecuciones de títulos de crédito que contienen intereses que superan la benévola categoría de abusivos y se acercan a la noción más criminal de la usura.

En segundo lugar, pensamos que es necesario mirar con más atención los poéticos, aunque difusos términos de la llamada libertad contractual. (Es posible, acaso, hablar de libertad contractual entre contratantes cuya desigualdad es tan notoria?).

Este esquema de igualdades genéricas y diferencias particulares muestra una sociedad integrada con individuos igualados nominalmente por la titularidad de los derechos, pero profundamente desiguales a la hora de ejercerlos.

Ronald Dworkin (1931 - 2013) es uno de los importantes pensadores que explica este desnivel tan desalentador: "La pobreza constituye un curioso tema para la filosofía reflexiva; solo parece ser apto para el escándalo y la lucha. En la mayoría de los países ricos, la distancia entre las personas de posición acomodada y los pobres es inconmensurablemente grande; en algunos, incluido, Estados Unidos, esa distancia crece sin pausa... Las teorías de la justicia distributiva exhortan de manera casi inevitable a una reforma radical en las comunidades capitalistas avanzadas, donde se las estudia con mayor avidez. Pero la posibilidad práctica de algo parecido a la reforma que propician es remota"(1), dice el célebre jurista norteamericano.

Todo esto tiene directa relación con la emisión de los fraudulentos pagarés de consumo (utilizados siempre por las clases menos acomodadas) que luego, lavados con el agua bendita del art. 36 de la LDC, se ejecutan libremente con el beneplácito de una jurisprudencia que resulta inexplicable por ser contraria a expresas disposiciones legales vigentes.

En efecto, como más adelante veremos, la jurisprudencia que convalida la ejecución de pagarés que garantizan el cumplimiento de contratos de consumo es contra legem porque violenta en forma directa el art. 53 de la LDC.

Por el lado de las libertades individuales, las asimetrías se repiten con la misma intensidad. Es posible afirmar que todos los hombres son libres e iguales en el sentido genérico, pero la posición socioeconómica privilegiada de un grupo minoritario mantiene un predominio irreversible sobre el otro grupo que es abrumadoramente mayoritario.

Según datos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, a nivel mundial, más de 800 millones de personas aún viven con menos de 1,25 dólares al día y muchos carecen de acceso a alimentos, agua potable y saneamiento adecuados(2).

Demás está decir que los dichos pagarés de consumo están destinados a arruinar, aún más, a ese núcleo duro de la pobreza que se cuenta por miles de millones...de personas.

La teoría contractual, en las tres dimensiones que ofrece nuestro ordenamiento (contratos paritarios, contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas y contratos de consumo) se estructura a partir de la noción ((ficción?) de sujetos que tienen una igualdad (nominal) de derechos, pero que permanecen separados por el notable ((irreversible?) desnivel que cada uno de ellos tienen a la hora de ejercer esos derechos.

El esquema ideal debe buscar una forma de compatibilizar la libertad contractual y la desigualdad de los sujetos que forman el binomio contractual. Ello, a nuestro modo de ver, requiere de una intervención del Estado que haga compatible la libertad contractual entre sujetos desiguales.

No se trata de negar que la libertad individual sea un verdadero motor del progreso real del individuo, pero tampoco se puede caer en el pensamiento supersticioso de suponer que esas iniciativas, sin ninguna regulación estatal, son suficientes para lograr la realización individual y el bienestar colectivo.

En el campo de la teoría política, autores como John Rawls (1921 - 2002) explican, en términos morales, este esquema de igualdades abstractas y divergencias concretas(3).

Rawls describe una idea moral que justifica la desigualdad como parte de un proceso social que concluye en un mayor bienestar general. La cuestión es presentada por este autor como una forma de desigualdad justa o, al menos, dotada de una finalidad moral que hace que deba ser tolerada solidariamente por toda la sociedad; pero, sobre todo, por las clases menos aventajadas. En definitiva, según esta idea, las clases desfavorecidas serían las beneficiarias finales de este aparente sacrificio: "Sin embargo, no hay injusticia en que unos pocos obtengan mayores beneficios, con tal de que con ello se mejore la situación de las personas menos afortunadas. La idea intuitiva es que, puesto que el bienestar de todos depende de un esquema de cooperación sin el cual ninguno podría llevar una vida satisfactoria, la división de ventajas debería ser tal que suscite la cooperación voluntaria de todos los que toman parte en ella, incluyendo a aquellos peor situados"(4).

La reflexión nos obliga a pensar si esa tolerancia solidaria, al sistema y sus fallas, concluye en un beneficio para los grupos más desaventajados de la sociedad.

Luego, seguirá siendo necesario establecer si el régimen de desproporciones contractuales es una injusticia tolerable o si es un mero privilegio que lesiona la libertad siempre prometida y nunca garantizada. La igualdad formal que surge de la libertad contractual no se hace cargo del estado de necesidad en el que cada contratante llega a celebrar ese acuerdo de apariencia equitativa. La necesidad del contratante más débil ocupa el lugar de una violencia social que fue desplazada y atenuada, pero sin ser erradicada.

Pensar que el pagaré de consumo va a aliviar esa situación es un desacierto mayúsculo. Ese título fraudulento, como veremos enseguida, es una herramienta financiera de la usura que solo puede perjudicar más a las clases que más ayuda estatal necesitan. Empero, esa ayuda solo la van a encontrar en una escuela pública obligatoria y de excelencia y no en la cueva de un financista usurero que luego será bendecido en los tribunales.

En definitiva, frente al pensamiento de John Rawls se alzan otras ideas que critican estas asimetrías alegando que ellas no tienen ninguna finalidad moral ni, mucho menos, aspiraciones de bienestar general.

La intervención del Estado, en desmedro del reinado de un derecho que más que privado parece privatizado, implica una evolución histórica social y cultural. Es indudable que las sociedades modernas perciben las intervenciones del Estado como un factor determinante del bienestar común y no como una forma de avasallamiento de los derechos individuales.

Ahora sí quedó despejado el camino para comenzar a analizar los aspectos más técnicos relacionados con el llamado pagaré de consumo.

II. El pagaré de consumo y el fraude a la ley 24.240.

(a) Presentación.

Desde sus orígenes la Ley de Defensa del Consumidor tuvo, tanto en la doctrina como en los protagonistas más relevantes del mercado, resistencias frente al avance de sus reglas protectorias.

Es evidente que los principios que rigen esta rama del Derecho son, no solamente disruptivos con relación a las reglas clásicas del derecho privado (lo que genera, en sí mismo, el rechazo de los sectores más conservadores de la sociedad), sino que, además, claramente favorecen a los consumidores, lo que afecta, inevitablemente, la rentabilidad de los productores de bienes y servicios que circulan en el mercado.

Esta necesaria inclinación legal en favor de los derechos de los consumidores fue, desde siempre, interpretada como una amenaza al sector de los fabricantes, productores y distribuidores de los bienes y servicios que circulan por el mercado.

Dicho en otras palabras: la LDC es vista por los proveedores como un obstáculo a su libertad de contratar. Esta es, a nuestro modo de ver, la principal razón para explicar la creación de mecanismos jurídicos fraudulentos cuya única finalidad es pasar por encima de la Ley 24.240, dejando de lado los amparos que esa norma establece en favor de los consumidores y usuarios de bienes y servicios.

(b) Una garantía falsa y un fraude real.

El llamado pagaré de consumo, creado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones emergentes de los contratos de consumo es, sin dudas, el instrumento jurídico más fraudulento y, desgraciadamente, más efectivo que se haya creado para dejar de lado las protecciones establecidas en la Ley de Defensa del Consumidor.

La operatoria engañosa es sencilla, casi rudimentaria. Veamos cómo funciona. El consumidor adquiere un producto cualquiera, generalmente electrodomésticos o bienes que, en general, son de precio relativo elevado. En el marco de esa relación de consumo, el proveedor, para asegurarse el pago del bien, instrumenta un título cambiario (pagaré) que, en caso de incumplimiento de la obligación de pago, es ejecutado judicialmente mediante un procedimiento que, como se sabe, limita la investigación causal del negocio jurídico y restringe las defensas del demandado.

Esto significa que, desde el comienzo del negocio, el proveedor sabe que la operación de crédito será instrumentada mediante un título cuya finalidad es pasar por encima de las leyes protectorias y ser ejecutado sin examinar los detalles causales del contrato y debilitando la capacidad defensiva del consumidor que aparece tomando un crédito.

Paula Arias, citando a diversos autores, explica esta operatoria fraudulenta con mayor claridad: "En los últimos años se ha hecho evidente un uso abusivo de títulos de crédito -fundamentalmente pagarés -, que funcionan como una suerte de garantía para el proveedor frente al consumidor que obtiene un préstamo de dinero u otro tipo de financiación. La operación supone, en muchos casos, ejecutar al consumidor...Y... se reducen significativamente las defensas a oponer (Chamatropulos)"(5).

En sumario: bajo la apariencia de garantizar una operación de consumo se persigue dejar de lado las disposiciones protectorias y de orden público de la Ley de Defensa del Consumidor y del Código Civil y Comercial.

Es sorprendente que un método tan rústico haya conseguido tanto resultado en la práctica, tanto entusiasmo en la doctrina y tanta legitimación en la jurisprudencia.

(c) El fraude procesal.

Como corolario de lo dicho en el punto que antecede, surge que esta maniobra completamente ilegal busca que el proveedor use un trámite judicial absolutamente prohibido en los pleitos en donde se ventilen relaciones de consumo.

Entonces, una vez más, la finalidad primaria del llamado pagaré de consumo es lograr que el consumidor ejecutado no tenga defensas legales amplias y que no se apliquen los amparos procesales establecidos en la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial.

III. La integración del título circulatorio con el art. 36: la convalidación jurisprudencial del fraude.

Como hemos señalado, la jurisprudencia, sobre todo en el interior del país, ha tenido con este elemental y precario fraude legal una tolerancia incomprensible.

Así, no son pocos los fallos que admiten las ejecuciones, aun sabiendo que el negocio subyacente es una relación de consumo. Estos veredictos sostienen, a contra legem, que si el pagaré o título circulatorio está integrado de acuerdo a los términos del art. 36 de la LDC, la ejecución del título es legal y no violatoria del sistema protectorio de la Ley de Defensa del Consumidor.

De esta forma, y por curioso que pueda parecer, los proveedores de justicia (Poder Judicial en sentido amplio) se han convertido en una de las amenazas más preocupantes de los consumidores de estos créditos 'truchos'. Para colmo de males, como todo el mundo sabe, solo recurren a estos pagarés los consumidores más insolventes, más empobrecidos y más sobreendeudados.

Dicho en otros términos: los que más ayuda necesitan reciben la mayor desprotección del sistema. Eso sí, la doctrina no se priva de adornar esta injusticia con argumentos que anestesian la conciencia, no brindan soluciones y, por añadidura, agudizan el problema de la usura que solo padecen los más pobres.

Así, algunos fallos han sostenido que:

1. 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 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 (Fallo plenario N° 5 en: HSBC Bank Argentina c/Pardo Cristian Daniel s/ cobro ejecutivo, Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Azul, 09/03/2017, Citar: elDial.com - AA9F3F).

2. ...habré de considerar aplicables las exigencias del art. 36 de la ley 24.240 (t.o. ley 26.361) a las ejecuciones basadas en títulos abstractos creados como consecuencia de operaciones de crédito para consumo. (Confina Santa Fe S.A. c/Pereyra Fatima Lujan s/cobro ejecutivo" - Cámara de

Apelaciones Civil y Comercial de Junín, 05/12/2017, Citar: elDial.com - AAA51E).

3. ... El pagaré librado en una relación de consumo se integrará con la documentación de la operación de crédito subyacente para verificar el cumplimiento de la Ley 24.240, la que deberá ser agregada en primera instancia hasta el dictado de la sentencia... (Sala I solicita llamar a plenario /// CCC en Pleno, Corrientes, Corrientes; 03/06/2020; Rubinzal Online; RC J 3113/20).

4. 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 información clara y veraz, y además cumplir con los requisitos previstos en el art. 36, Ley 24.240, 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... (Fallo plenario N° 5 en: HSBC Bank Argentina vs. Pardo, Cristian Daniel s. Cobro ejecutivo /// CCC en Pleno, Azul, Buenos Aires; 09/03/2017; Rubinzal Online; 1-61380/2016; RC J 1517/17).

El argumento de esta jurisprudencia consiste en que si el título ejecutivo reúne todos los requisitos que se le exigen a las operaciones de consumo a crédito, no hay ni motivo ni necesidad que justifique el rechazo de la ejecución.

En un fallo plenario de la Ciudad de Azul, Buenos Aires (2006) se postuló que:

1. La protección del consumidor no debe llevarse al extremo de decretar la inhabilidad del pagaré de consumo sin antes -y con carácter previo- permitir que se integre el título con documentación idónea y conducente relativa a la relación crediticia subyacente. Requerir siempre la cristalización de la relación crediticia de consumo en el texto de la caratular conduce prácticamente a su abolición como título de crédito y a su inhabilidad, protegiendo al consumidor pero a partir de la eliminación del régimen cambiario y la vía ejecutiva, en definitiva, dejando al pagaré sin función como caratular. (Fallo plenario N° 5 en: HSBC Bank Argentina vs. Pardo, Cristian Daniel s. Cobro ejecutivo /// CCC en Pleno, Azul, Buenos Aires; 09/03/2017; Rubinzal Online; 1-61380/2016; RC J 1517/17).

2. Si admitimos que el 'pagaré de consumo' se integre con la documentación 'causal', en definitiva aquél no será más que una mera 'llave', o un 'título ejecutivo indirecto', que permitirá abrir las puertas del juicio ejecutivo para ejecutar -valga la redundancia- un título distinto y causal, en desmedro de los principios de abstracción cambiaria. (Fallo plenario N° 5 en: HSBC Bank Argentina vs. Pardo, Cristian Daniel s. Cobro ejecutivo /// CCC en Pleno, Azul, Buenos Aires; 09/03/2017; Rubinzal Online; 1-61380/2016; RC J 1517/17).

En primer lugar debe señalarse que, según nuestra experiencia son muy pocas las veces, si es que alguna, que esos instrumentos cumplen todos los requisitos del art. 36 y son demasiadas las veces que los juzgadores, de primera y segunda instancia, hacen la vista gorda con esas omisiones, considerando, en forma dogmática y arbitraria que ellas no son relevantes. Nosotros sostenemos, sin excepciones, que cada uno de los requisitos establecidos en la citada norma deben cumplirse, bajo pena de nulidad.

IV. La consolidación jurisprudencial del injusto obligatorio.

Esta doctrina judicial, lamentablemente, fue ratificada en un fallo reciente del Superior Tribunal del Provincia de Tucumán.

Esta sentencia, que fue saludada con entusiasmo por buena parte de la doctrina, no contiene ninguna novedad, sino que, como lo dice el propio veredicto, se siguió el criterio de la doctrina predominante.

Sin hacer un análisis profundo de la sentencia, vamos a analizar brevemente sus argumentos más destacados:

(a) La opinión mayoritaria.

Como ya anticipamos, el fallo reconoce que recepta la opinión de la doctrina mayoritaria: "La jurisprudencia predominante concluye que el pagaré de consumo puede integrarse con documentación adicional relativa al negocio causal, dentro del mismo juicio ejecutivo, conformando un título complejo que permita constatar el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor para las operaciones de financiación o crédito para el consumo... "(6).

En general las innovaciones, en las que se basa el progreso, van en la dirección contraria del pensamiento mayoritario.

(b) (Protección suficiente?).

El segundo argumento utilizado por el tribunal es el que más reparos nos suscita porque, ni más ni menos, establece que los consumidores ya tienen suficientes protecciones como para que sea necesario quitarle habilidad ejecutiva a un documento integrado según los términos del art. 36 de la LDC.

El Superior de Tucumán sostiene que negarle virtualidad ejecutiva a los pagarés, 'integrados' bajo los términos del art. 36 de la LDC., sería una exageración protectoria: "Persuade la idea de que "la protección del consumidor no debe llevarse al extremo de decretar la inhabilidad del pagaré de consumo sin antes -y con carácter previo- permitir que se integre el título con documentación complementaria relativa a la relación crediticia subyacente" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, en Pleno 09/3/2017, "HSBC Bank Argentina c/Pardo Cristian D. s/ Cobro ejecutivo") (7).

En este punto, que para nosotros es el más importante, el fallo omite considerar, la situación personal y contextual en la que normalmente se encuentra quien toma el crédito que se le ofrece por medio de estos pagarés.

Por lo general, se trata de personas de modesta fortuna, escaso patrimonio y preocupante fragilidad financiera. Son las personas (hay millones en esta Argentina virtualmente quebradas) que no pueden acceder a los créditos que ofrecen en el circuito financiero formal (Bancos, tarjetas de crédito, etc). Es decir, quien firma un pagaré de consumo, se sabe, en términos estadísticos, que es una persona sin crédito, altamente endeudada, y dispuesta a pagar intereses de usura para satisfacer su demanda de consumo.

En su magistral libro sobre IA y, particularmente, sobre algoritmos depredadores, la notable matemática Cathy O'Neil, nos explica los criterios de selección que utilizan las compañías crediticias informales para otorgar créditos rápidos a tasas de interés usurarias. En todos los casos, se busca a personas de menores recursos que, por la lógica propia del sistema, están más dispuestas a pagar mucho más que otras personas que pueden acceder a los créditos que ofrece la banca más formal. Es decir: quien acepta firmar un crédito instrumentado en un 'pagaré trucho' es un sujeto empobrecido, rechazado por el sistema, necesitado de bienes indispensables y tentado a consumir bienes innecesarios.

Al respecto, O'Neil explica cómo funcionan los llamados bucles de retroalimentación que terminan siendo círculos viciosos, o profecías autocumplidas, que aseguran la continuidad de la pobreza de los individuos más pobres.

Los pobres se endeudan más y, por consiguiente, toman más créditos más caros. Eso hace que les sea más difícil pagarlos, lo cual los arroja, nuevamente, a situaciones de mora que, lógicamente, son determinantes de las nuevas y repetidas negativas a obtener créditos bancarios formales.

Ergo: los pobres resultan, por decirlo de alguna manera, condenados a seguir tomando créditos usureros que no podrán pagar. Esta situación les impide acceder a los créditos más blandos que ofrecen las entidades formales.

Como bien explica Cathy O'Neil "Reflexionemos sobre el cruel bucle de retroalimentación que crean las calificaciones electrónicas. Es altamente probable que el sistema de calificación electrónica asigne a los residentes de

la zona más duras de ... una calificación baja. Seguro que a muchas de las personas que viven allí les cuesta hacer frente a los plazos de sus préstamos. De modo que la oferta de tarjeta de crédito que aparecerá en sus pantallas estará dirigida a un grupo demográfico de mayor riesgo. Esto significa que precisamente las personas que ya tienen dificultades económicas tendrán menos crédito disponible y pagarán más tipos de interés más alto"(8).

Es este el verdadero problema de los pagarés de consumo. Es inútil perder tanto tiempo polemizando acerca de la naturaleza de la acción apropiada para su funcionamiento porque, en todos los casos, son instrumentos usurarios. Todos saben esto.

La pobreza y los créditos usureros son el abc del derecho del consumidor actual y no podemos seguir dándole la espalda a este problema. Ni mucho menos, convalidarlo jurisprudencialmente.

Desde hace años que el Derecho nacional está encerrado en la pequeña jaula de un procesalismo desmesurado; en las facultades de derecho se nos enseña que es más importante determinar si procede o no un trámite ejecutivo en vez de discutir si la equidad debe prevalecer sobre la seguridad jurídica o viceversa. Y la práctica profesional empeora esa tendencia, desgraciadamente.

(c) Otra vez el insustancial diálogo de fuentes.

El tercer argumento que analizamos, se refiere a esa rareza jurídica denominada diálogo de fuentes legales. Mediante esta construcción, el Tribunal Superior de Tucumán concluye que resulta equilibrado para el sistema legal que los consumidores pierdan algunos derechos para mantener la vigencia de una obsoleta norma (decreto ley 5965/1963). De este modo, los renovados pagarés de consumo se acomodan en el ordenamiento y conviven con disposiciones de una ley de orden público que regula derechos constitucionales.

En forma textual el fallo citado dispone que, "Se interpreta que esta solución "no sólo respeta el enfático principio protectorio del consumidor, de jerarquía legal y suprallegal, sino que además compatibiliza adecuadamente el diálogo de fuentes entre aquel subsistema, el régimen de derecho privado y otros microsistemas (el derecho cambiario y el juicio ejecutivo) armonizándolos razonable y coherentemente"(9).

Hace ya unos cuantos años que, un poco solitarios, tratamos de explicar los inconvenientes que acarrea este sistema que, con el pretexto de poner a dialogar a fuentes legales, vulnera derechos constitucionales(10).

Un sistema legal que permite y exalta, con argumentos entusiastas, la convivencia de distintas leyes que tratan sobre las mismas cuestiones es una inagotable fuente de conflictos. Desde muy temprano advertimos que ese insustancial 'diálogo de fuentes' no tendría ninguna utilidad ni se aplicaría en beneficio de las partes débiles de las distintas relaciones jurídicas(11).

Las normas jurídicas, según nuestro pensamiento, son elaboradas para resolver los problemas concretos de la gente y no para dialogar entre ellas, como si el Derecho fuera un divertimento dialéctico. Es por eso que, antes que analizar en el laboratorio de las ocurrencias jurídicas, las relaciones dialógicas entre los diversos textos legales, es conveniente determinar, con la mayor precisión posible, qué norma está más cercana de la Constitución Nacional porque seguramente esa ganará la puja normativa.

Lorenzetti, en sus días de jurista destacado, lo decía con la envidiable claridad que encienden las vanguardias doctrinarias: "El Derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo, y aun derogatorio de normas generales"(12).

Coincidimos con Lorenzetti: las normas de la ley 24.240, referidas a las operaciones a crédito, actúan con efecto derogatorio de otras disposiciones,

tales como el Dec. Ley 5965/1963.

La cercanía de la ley de defensa de los consumidores con la Constitución Nacional es lo que determina su aplicación excluyente de otros estatutos legales vigentes.

En adición a lo ya dicho, no debemos soslayar que la ley 24.240 es un estatuto de orden público (conf., art. 65 LDC). Esto también es importante, porque cuando dos normas concursan y solo una de ellas es de orden público debe prevalecer, sin excepciones, sobre la norma ordinaria.

Es justo reconocer que Waldo Sobrino fue uno de los autores nacionales que más enfáticamente defendió la prelación normativa favorable al estatuto consumeril. Waldo, hace unos años, señalaba: "Siguiendo con lo expuesto ut supra', entendemos fundamental -antes de desarrollar la presente cuestión de los consumidores - resaltar el cambio absoluto de paradigma legal, producido como consecuencia de la reforma de la Constitución del año 1994 al incorporar el art. 42. En efecto, ya hemos superado sobradamente la discusión se era conveniente o no, incorporar a los consumidores como una categoría especial. Hoy está ordenado por nuestra Constitución Nacional"(13).

Coincidimos con Waldo, el primer anclaje para sostener la primacía de la ley de defensa del consumidor sobre otras normas está dado por la Constitución Nacional. La existencia del art. 42 CN deroga cualquier discusión que pretenda negar esta preeminencia.

(d) La declaración oficiosa de la inhabilidad de título.

Para terminar con el análisis del fallo, vamos a resaltar una cuestión sumamente favorable contenida en la sentencia.

El Superior de Tucumán se expidió sobre un tema que siempre es polémico en tribunales: la declaración de oficio de la inhabilidad del título ejecutivo cuando no ha sido solicitada por la parte afectada.

Así, la sentencia dispuso que, "Esta Corte ha dejado ya establecido que la ausencia de un planteo explícito por parte del ejecutado, de la excepción de inhabilidad de título, no releva al juez del deber de verificar -de oficio- la concurrencia de la totalidad de los requisitos legalmente impuestos al instrumento base de la ejecución..."(14).

En este punto, entendemos que la sentencia le asigna correctamente al juez el rol de director del proceso. Es el magistrado quien debe velar por el cumplimiento de la legalidad, sin esperar pasivamente la actividad de la parte que la ley ordena proteger.

En ese mismo sentido, el fallo también postula acertadamente que, "... en procesos donde se encuentran en debate derechos de consumidores, el tribunal debe examinar de oficio el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 36 de la Ley N° 24.240, por el carácter de orden público que reviste la ley aplicable. La garantía de la tutela judicial efectiva implica que el juez, como director del proceso, debe interpretar y aplicar la norma procesal de modo compatible con la defensa de los derechos implicados y la protección diferenciada que reclama"(15).

Finalmente, la sentencia de la Corte Tucumana dispone que: "Esta pro-actividad judicial, implicada con la vulnerabilidad de los consumidores y con los bienes involucrados, contribuye a la salud del sistema. Estimula prácticas leales y la buena fe procesal pues el ejecutante de un pagaré de consumo sabrá que el juez indagará sobre la naturaleza del título, que apelará al cumplimiento de su deber de cooperación probatoria y que aún a falta de un planteo expreso del ejecutado, verificará la habilidad del título exigiendo la estricta observancia de la totalidad de los requisitos legales previstos por la regulación cambiaria especial y por el régimen protectorio del consumidor"(16).

Pensamos esta es la fórmula correcta de conjugar la seguridad jurídica, que siempre exigen los proveedores, con la equidad que se les debe a los

consumidores.

Sin perjuicio de lo dicho, en nuestra opinión, la mayor certeza y equidad solo se logrará prohibiendo -siempre - la vía ejecutiva en las controversias referidas a relaciones de consumo.

V. Nuestra posición.

(a) Presentación.

Hecho este breve análisis y revista de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales mayoritarias, vamos a presentar nuestro punto de vista.

(b) El derecho procesal protectorio.

En contra de la jurisprudencia predominante, sostenemos que siempre que exista una relación de consumo subyacente NO será procedente el trámite ejecutivo. Pensamos que, en todos los casos y sin excepciones, debe declararse la inhabilidad del título ejecutivo.

Las razones de nuestra negativa, que parecen de índole procedimental, son en realidad, de origen constitucional y articulación procesal. Veamos un poco más detenidamente esta cuestión.

La Ley de Defensa del Consumidor establece protecciones especiales a los consumidores. Esos derechos, que tienen jerarquía constitucional, se articulan mediante reglas procesales propias (cargas probatorias dinámicas, in dubio pro consumidor, gratuidad del reclamo, entre otros). Esto significa que hay en juego un derecho procesal de raigambre constitucional.

Como bien señala Máximo Calderón: La ley 24.240 recepta diversas disposiciones de índole adjetiva, que alteran profundamente los principios del Derecho Procesal clásico al estar articuladas en torno al paradigma protectorio(17).

En coincidencia con las ideas del citado autor, pensamos que el problema central no radica en permitir o prohibir la integración del título ejecutivo con el art. 36 de la LDC, sino en impedir la tramitación ejecutiva porque ella es incompatible con las normas procesales especialmente diseñadas para dirimir las controversias sobre relaciones de consumo.

El Derecho del consumidor incluye un modo procedimental protectorio que no resulta compatible con las reglas que rigen a los juicios ejecutivos. Es más, las ejecuciones se rigen por un paradigma opuesto que prioriza el derecho del ejecutante mientras que el ejecutado tiene severas limitaciones defensivas y probatorias. "Los títulos valores se caracterizan por su abstracción y autonomía cambiaria, lo que en principio se traduce en una restricción procesal: el demandado solamente podrá oponer defensas extrínsecas al progreso de la acción...", dice acertadamente Calderón(18).

Es por ello que sostenemos que habilitar una ejecución para dirimir una controversia sobre relaciones de consumo perjudica, en forma irreversible, al derecho procesal protectorio del consumidor.

Nuevamente es oportuno citar a Calderón: "Esta perspectiva fue asimilando el impacto de tendencias transformadoras, como la escuela judicial activista o el surgimiento de las tutelas procesales diferenciadas. En esta última línea se inscriben las regulaciones del proceso de consumo...: se trata de normas tuitivas, que se integran con las normas sustantivas conformando un sistema protectorio integral"(19).

(c) La prohibición legal del artículo 53.

Como si lo dicho hasta acá no fuera suficiente para justificar la improcedencia de la vía ejecutiva para dirimir controversias del derecho del consumidor, hay una segunda razón de peso para fundar esa negativa: la ley.

En efecto, el art. 53 de la LDC establece, apenas comienza, que: En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas de proceso de conocimiento más abreviado que rijan...

La norma, en congruencia con el sistema procesal protectorio del derecho del consumidor, dispone expresamente que el proceso judicial que debe seguirse es el de conocimiento (amplitud defensiva y probatoria para los demandados), excluyendo de esta forma toda posibilidad de una ejecución de consumo o de que sea hábil un pagaré de consumo o cualquier otro título circulatorio.

Tambussi postula, acertadamente según nuestra opinión, que: "La inteligencia es aplicar el trámite abreviado a los efectos de una más rápida resolución del conflicto... mediante la adopción de un tipo de procedimiento ... que a la vez respeta las instancias de debate y contradicción, como derivación razonable de los principios contenidos en el art. 42 de la CN"(20).

Una vez aceptada la existencia de una relación de consumo (generalmente eso nunca está en discusión), no debe habilitarse la vía ejecutiva y debe declararse siempre y en todos los casos la inhabilidad del ejecutivo presentado al cobro. Es que, si se acepta el predominio de la ley 24.240, por su indiscutida jerarquía constitucional, y su categoría de orden público (Ver art. 65, LDC) se debe aplicar, sin reservas y sin interpretaciones forzadas, el art. 53 -párrafo primero - de la LDC.

Para terminar, queremos remarcar una cuestión insoslayable. En las relaciones de consumo, las partes no pueden renunciar a ninguno de los derechos establecidos en la LDC porque se trata de una normativa de orden público y de claro contenido tutelar. Ergo: tampoco pueden renunciar al derecho, que la ley les asigna, a ventilar sus causas en procesos de conocimiento abreviados. Ellos, no tienen nada que ver con estas ejecuciones enrarecidas por la jurisprudencia.

VI. Conclusiones.

Dada la extensión del artículo y la diversidad de ideas contenidas, anotamos algunas conclusiones que quizás sean útiles a modo de sumario.

1) La doctrina mayoritaria entiende que si el pagaré de consumo es integrado con los requisitos dispuestos por el art. 36 de la LDC, la vía ejecutiva sería admisible.

2) La jurisprudencia predominante, recientemente ratificada por un fallo del Superior Tribunal de Justicia del Provincia de Tucumán, también sostiene la vía ejecutiva cuando el título está integrado con las pautas del art. 36, LDC.

3) El art. 53, párrafo primero, de la LDC, expresamente excluye la posibilidad de usar la vía ejecutiva en controversias que involucren relaciones de consumo.

4) La integración del título ejecutivo no es suficiente protección para los consumidores porque ella garantiza la vía ejecutiva y omite el proceso de conocimiento dispuesto por la ley para tratar las controversias basadas en relaciones de consumo.

5) La vía ejecutiva supone restricciones probatorias y defensivas que son inadmisibles en los procesos judiciales entre proveedores y consumidores.

6) Pensamos que en ningún caso será procedente la vía ejecutiva para ventilar cuestiones relacionadas al derecho de los consumidores. Por lo tanto: siempre deberá declararse la inhabilidad del título ejecutivo.

Notas al pie:

1)Dworkin, Ronald, Justicia para erizos, trad. Horacio Pons, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 428).

2)Ver Informe Naciones Unidas en, <http://www.un.org/es/events/povertyday/>, Captura, 10/12/2017.

3)Sostendré en cambio que las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastante diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo, las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos

y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad. (Rawls, John, Teoría de la justicia, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2014, p. 27).

4) Rawls, John, Teoría de la justicia..., p. 27.

5) María Paula Arias, en Krieger, Walter Fernando (Dir.) Prácticas abusivas en el Derecho del consumidor, Buenos Aires, El Derecho, 2018, p. 484.

6) Banco Hipotecario S.A. vs. Ruíz Paz María Estela s/ Cobro ejecutivo" Superior Tribunal de Justicia de Tucumán, del 19/04/2021, Sentencia n° 292, 19/04/2021.

7) Banco Hipotecario S.A. vs. Ruíz Paz María Estela s/ Cobro ejecutivo" Superior Tribunal de Justicia de Tucumán, del 19/04/2021, Sentencia n° 292, 19/04/2021.

8) O'Neil, Cathy, Armas de destrucción matemática, Violeta Arranz de la Torre (Trad.), Madrid, Captain Swing Libros, 2017, p. 178.

9) Banco Hipotecario S.A. vs. Ruíz Paz María Estela s/ Cobro ejecutivo" Superior Tribunal de Justicia de Tucumán, del 19/04/2021, Sentencia n° 292, 19/04/2021.

10) La ley de defensa del consumidor v. la ley de seguros. El insustancial diálogo de fuentes y los empates jerárquicos. La solución constitucional, Buenos Aires, Diario DPI, n° 115, 2 de mayo de 2017.

11) Shina, Fernando, La fragmentación del contrato en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Diario DPI, n° 107, 7/03/2017.

12) Lorenzetti, Ricardo, Consumidores, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2009, p. 50.

13) Sobrino, Waldo, Consumidores de seguros, Buenos Aires, La Ley, 2009, p 61.

14) Banco Hipotecario S.A. vs. Ruíz Paz María Estela s/ Cobro ejecutivo" Superior Tribunal de Justicia de Tucumán, del 19/04/2021, Sentencia n° 292, 19/04/2021.

15) Banco Hipotecario S.A. vs. Ruíz Paz María Estela s/ Cobro ejecutivo" Superior Tribunal de Justicia de Tucumán, del 19/04/2021, Sentencia n° 292, 19/04/2021.

16) Banco Hipotecario S.A. vs. Ruíz Paz María Estela s/ Cobro ejecutivo" Superior Tribunal de Justicia de Tucumán, del 19/04/2021, Sentencia n° 292, 19/04/2021.

17) Calderón, Maximiliano Rafael, Aplicación exorbitante de normas de consumo... pg. 62.

18) Calderón, Maximiliano Rafael, Aplicación exorbitante de normas de consumo...pg. 69.

19) Calderón, Maximiliano Rafael, Aplicación exorbitante de normas de consumo...pg. 62.

20) Tambussi, Carlos (Dir.), Ley de defensa del consumidor..., p. 347.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 12 DE MAYO DE 2021

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.260, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Decreto Ley 5.965/63, Ley 24.240 Art.36, Ley 24.240 Art.53, Ley 24.240 Art.65, Ley 24.240, LEY 26.361

Ejemplos de regulación del "acceso al consumo"

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 23 DE DICIEMBRE DE 2020

TEMA

DERECHOS HUMANOS-RELACION DE CONSUMO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-PROTECCION DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Resumen. El presente trabajo reseña el aporte brindado al "Seminario de Derechos del Consumidor y Derechos Humanos. Centro de Formación Judicial", Dr. Carlos Tambussi (UBA, 2011), pasando una ojeada rápida a la normativa básica sobre el tema, con algunas acotaciones actuales.

De la mera lectura del art. 42, Cons. Nac., como, asimismo, de los arts. 1º, 3º, y ccs. de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC), parece claro que, en dichas normativas, la mentada protección al consumidor parte del supuesto de que éste ya se encuentra afectado, directa o indirectamente, por una relación de consumo; en otros términos, tanto las normas constitucionales citadas, como la LDC parecen presuponer, a fin de brindar el marco jurídico protectorio al consumidor, una relación de consumo subyacente: ésta sería el punto de partida del sistema de derechos del consumidor. Por lo demás, la lectura de los debates de la Convención constituyente, con respecto a la introducción de la cláusula consumataria en el Texto Fundamental, dan pábulo a confirmar dicha interpretación, de momento que no prosperó la intención de insertar, expresamente, en aquella cláusula, el derecho de "libre acceso al consumo" (IRIGOYEN).

Pero ocurre que, según entiendo, el denominado "acceso al consumo" comprende, jurídicamente, dos tramos centrales, conceptualmente diferenciados. En efecto, la expresión mentada implica: 1) el derecho de acceder al consumo (BIDART CAMPOS), esto es, al acceso en sí mismo - o stricto sensu- al consumo; 2) las vicisitudes de dicho acceso.

En el primer sentido, el libre acceso al consumo no es, aún, la "libertad de elección" en la relación de consumo que contempla el art. 42, Cons. Nac., cit.; "libre acceso al consumo" significa contar con oportunidades ciertas y concretas de consumir, es decir, de constituirse en consumidor, en los términos del art. 1º, LDC. En cambio, las modalidades y condicionamientos que pueda asumir y afectar la relación de consumo, esto es, sus vicisitudes, presuponen, conceptualmente, la posibilidad previa de ingresar en lo que, humildemente, he denominado "estructura de consumo" (CONDOMÍ): sostengo, en consecuencia que, tanto el art. 42, Cons. Nac. (en "tándem" normativo, en lo pertinente, con los arts. 41 y 43 de la Ley Suprema), como la LDC, protegen al consumidor sólo con referencia a una relación de consumo subyacente.

Ahora bien, (significa esto que el ordenamiento positivo argentino se "desentiende" del efectivo acceso al consumo de los destinatarios últimos de su normativa, en los términos recién expuestos? Veamos.

En primer lugar, se señala que, aun cuando los textos normativos citados no mencionan expresamente el derecho de acceso al consumo (stricto sensu o propiamente dicho), "hay que indagarlo en su espíritu"; e, incluso, puede derivárselo de la norma que establece (en la relación de consumo) el derecho "a condiciones de trato equitativo y digno" del art. 42, Cons., Nac., cuya protección comprendería, en este sentido, también el tramo "inicial" del acceso, es decir, "la posibilidad de consumir"; o sea, que cubriría el momento previo y presupuesto a que se entable la relación de consumo; quedaría, incluso, comprometido el principio de "no discriminación", extendible a todos los sectores de la población (TAMBUSSI. El énfasis en la cita, me pertenece). Sobre este último particular, creo oportuno recordar que el art. 43, Cons. Nac., otorga acción de amparo "contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al usuario y al consumidor".

Sin perjuicio de ello, quienes sostienen que los derechos mencionados

expresamente en la cláusula constitucional consumataria, se proyectan implícitamente a otros no mencionados -entre ellos, el derecho de acceder al consumo- (BIDART CAMPOS), hacen uso interpretativo de la norma contenida en el art. 33, Cons. Nac., cit., en tanto se entienda, por extensión, que un pueblo es "soberano", en la medida en que incluya entre sus facultades la posibilidad concreta -jurídicamente garantizada- de proveer a sus "necesidades primarias, fundamentales o básicas" -según la expresión de BIDART CAMPOS-; en este sentido, "soberanía" hará referencia no tanto a que el origen del poder estatal confiado a los representantes del pueblo reside en éste, sino a que mal podría ser soberano quien no contara con un estándar de vida adecuado. (En sentido similar, señalo, p. ej., que con anterioridad a la reforma de 1994, no existía en la Constitución Nacional norma alguna que consagrara y garantizara, explícitamente, el derecho a la vida, expresado actualmente en Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, incluidas ahora en el denominado "bloque constitucional" BIDART CAMPOS], vía art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema; sin embargo, el conjunto de derechos contemplados en el texto constitucional -y, en general, en el ordenamiento positivo argentino global- no tendrían operatividad si no se considerara como presupuesto de ellos el reconocimiento de aquél; una vez más, la norma constitucional invocada resulta ser la contenida en el art. 33, Cons. Nac., norma "comodín" que permite incluir en el sistema normativo argentino, con rango constitucional, un conjunto de diversos derechos que, implícitamente, pasan a integrarlo; en este sentido, entonces, los derechos atribuibles a la persona, derivados de su existencia, ya implicaban el derecho "primario" o "elemental" a la vida misma).

De todos modos, integrando los derechos del consumidor la categoría de Derechos Humanos (TAMBUSSI), corresponde indagar su ubicación en los Tratados y Convenciones Internacionales vigentes en la República, en virtud de su incorporación a la jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22, Cons., Nac.. En este sentido, cito dos normas que, claramente, aluden al derecho de acceder al consumo por parte de toda persona, siendo del caso señalar que estos compromisos internacionales obligan a los estados-parte, incluso hacia el interior de sus respectivos territorios, a respetar lo acordado e implementar las políticas tendientes a la vigencia de los derechos que se reconocen en dichos documentos, en su calidad de fuente del Derecho Internacional Público (art. 38, 1, a.-, Estatuto de la C.I.J.), bajo el imperio del principio de buena fe (art. 26, Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969; MONCAYO-VINUESA-GUTIERREZ POSSE; AKEHURST). Una de dichas normas se establece en el art. 25° de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que dispone: 1. "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social". La otra norma se ubica en el art. 11° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1986, que reza: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los

países que importan productos alimenticios como a los que los exportan". La claridad de los textos transcriptos nos eximen de mayores comentarios. A este respecto, se observa que se trata de obligaciones directas del Estado, que imponen adoptar las medidas necesarias a los fines indicados (P.I.D.E.S.C.; art. 2º, con sentido progresivo y de no regresividad de los derechos consagrados; se remarca, asimismo, el sentido garantizador de tales normas internacionales -ZÉÑIGA URBINA-).

Por lo demás, se indica que los derechos del consumidor -cuyo plexo integra el derecho de acceso al consumo en sentido estricto, que nos ocupa- constituyen derechos sociales (PEREZ BUSTAMANTE); se presentan así como derechos indisolublemente conectados con los previstos en la cláusula constitucional ambiental (art. 41, Cons. Nac.) -referida a bienes de titularidad colectiva (C.S.J.N., fallo "Halabi") -, en el común carácter de derechos de incidencia colectiva, y con la acción, también colectiva, prevista en el art. 43, Cons. Nac. (Fallo "Halabi", cit.). Ocurre que, frente al desarrollo sustentable se halla el denominado consumo sustentable (PEREZ BUSTAMANTE), en cuya virtud, si bien "los encargados de las actividades productivas" no han de comprometer con su accionar las necesidades de las generaciones futuras, perjudicando el medio ambiente, "todos los habitantes", a su vez, tienen el deber de preservarlo: he ahí dos caras de una misma cuestión. Coincidentemente con este criterio, se afirma que, frente a la denominada "responsabilidad social empresarial" (RSE) se ubica la "responsabilidad social del consumidor (RSC); a este último fin, se requiere, centralmente, que "los consumidores dispongan de una capacidad adquisitiva solvente", circunstancia ésta que condiciona, por defecto, la autonomía necesaria del consumidor en el acceso y posicionamiento en la que denomino estructura de consumo (TRIMBOLI). Ocurre que los derechos del consumidor y, en particular, el derecho de acceder al consumo, son derechos también "frente al Estado", en tanto existe en cabeza del mismo una obligación activamente universal ante quien necesite ejercerlos, que los acerca a los denominados "derechos por analogado" (BIDART CAMPOS), -entre los que identifico aquellos mencionados en las normas de derecho internacional transcriptas en el párrafo anterior-, a cuyo respecto, se ha dicho que "comprendemos que quien no puede proveerse por sí mismo la satisfacción de necesidades elementales como son el alimento, la vivienda, la indumentaria, la actividad lucrativa, ve comprometida su subsistencia. Y sin vacilar decimos que tiene "derecho a" alimentarse, vestirse, vivir en un hábitat decoroso, poder trabajar (BIDART CAMPOS). Asimismo, conviene recordar que el mencionado art. 25, D.U.D.H., cit., se refiere a "derecho a...protección social"; como así también que STIGLITZ, en su señera clasificación de los derechos del consumidor, indica como derecho primario el de acceso al consumo, en tanto "relativo a deberes y funciones del Estado". Finalmente, y en la medida en que, como enseñaba PODETTI en sus clases de Derecho del Trabajo, "justicia social es aquella que se deben mutuamente los grupos sociales", no puede extrañar que se abogue por lograr la satisfacción adecuada de un conjunto mínimo pero esencial de necesidades básicas de nuestros semejantes, de cuya cobertura no pueden desentenderse los grupos sociales más favorecidos. Probablemente, corresponda a la actual corriente de pensamiento jurídico en que militan las denominadas teorías críticas del derecho (CARCOVA), poner de resalto la figura del "consumidor" como sujeto jurídico "deconstruido" y vuelto a elaborar, en la justa medida de su participación en la estructura de consumo, arribando a un sujeto -consumidor pleno en el ejercicio de los derechos humanos que le competen, uno de los cuales, como se vino exponiendo, es el derecho primario y, "previo", en el sentido de la "secuencia de operatividad" del lote de derechos consumatarios- de acceder al consumo. Precisamente, resulta curioso -y contradictorio- que, a la vez que se califica este Derecho de "humano" -en tanto "vehículo social de protección general, vinculado a derechos elementales de la persona humana" (TAMBUSSI)-, corre paralela una corriente de pensamiento que pretende hallar la fórmula jurídica tipo de un supuesto "consumidor medio", es decir "aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz", al uso en la jurisprudencia comunitaria española, según parece (RIBON SEISDEDOS); como se ve, se evidencia así la intención de construir una instancia conceptual de "sujeto de derecho-consumidor ("medio"), único digno de protección en el sistema jurídico que se aventurara aplicar, generalizadamente, tan poco feliz criterio en el estado actual de las cuestiones fácticas y jurídicas del consumo.

A su turno, diversas normas de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, implican el derecho de acceder al consumo; si así no fuera, no se ve de qué modo podría garantizarse "el derecho a la salud integral", "directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente" que el propio art. 20 de dicho Estatuto Fundamental, califica de "inversión social prioritaria"; ni tampoco podría concebirse la idéntica dignidad de "todas las personas", y la prohibición expresa de discriminar por razones o con pretexto de "condición económica" (art. 11, Cons. CABA); y queda claro el rol activo que el Estado porteño debe asumir respecto de las "políticas especiales" que debe adoptar tratándose de "condiciones de pobreza y exclusión" y satisfacción de necesidades básicas y servicios públicos, en los términos de los arts. 17 a 19 del Texto Supremo local. Por lo demás, resultaría curioso -al menos- que la Ciudad, tras reconocer el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado, y auto-imponerse "resolver progresivamente el déficit habitacional...", descuidara la atención del acceso al consumo `stricto sensu en cuestiones mínimas e indispensables.

Finalmente, en estas breves reflexiones, dejo constancia de que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, tras reconocer el derecho de "todas las personas" a la vida, como así también "el respeto de la dignidad...la integridad física, psíquica y moral" de las mismas (art. 12°), acoge la doctrina de los derechos implícitos "que nacen del principio de la soberanía popular y que corresponden al hombre en su calidad de tal"; esta última expresión, que implica una cierta "positivización" de derechos "naturales", resulta mucho más adecuada y funcional que la contenida en la norma del art. 33, Cons. Nac., cit., y habilita, sin mayor esfuerzo, una interpretación más amplia y comprensiva del derecho de efectivo acceso al consumo en sentido propio.

En cuanto al trato equitativo y dignidad en el acceso al consumo, calificado como derecho primario (STIGLITZ) señalo que, en tanto la Constitución Nacional (art. 42) lo prevé expresamente, la Ley Fundamental de la Ciudad de Buenos Aires (art. 46) sólo menciona el trato equitativo, aunque se refiere explícitamente a la dignidad de las personas (arts. 11 y 13); a su turno, la Constitución del Estado bonaerense guarda silencio al respecto (art. 38), pero, como se recordó `suprao, reconoce, también, idéntico derecho; y, siendo que, según entiendo, el trato equitativo -por lo demás, derivado del principio general de igualdad ante la ley- es una forma de respeto a la dignidad humana, las fórmulas genéricas empleadas en los Textos fundamentales locales, cubren ambos aspectos de la fórmula específica del Texto constitucional nacional.

Ahora bien, sin perjuicio de que el derecho "a condiciones de trato equitativo y digno", previsto en el art. 42, Cons. Nac., pueda entenderse como atinente al momento inicial de acceso al consumo, es decir, al acceso en sí, o propiamente dicho, al consumo -en conexión con el principio de "no discriminación"- como quedó dicho `suprao(TAMBUSSI), lo cierto es que, una vez establecido efectivamente el acceso al consumo, aquellas condiciones resultan, sin hesitación, operativas al interior de la relación de consumo, es decir, como vicisitud de la misma; en este sentido, no hay duda, entonces, que, establecida la relación de consumo, quedan normativamente garantizadas las condiciones de trato digno y equitativo que prevé la norma constitucional citada, las que no sólo subyacen a la economía general de la LDC, sino que son tratadas específicamente por ésta en su art. 8° bis, en tanto y en cuanto garantiza, bajo sanción, "condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios", y prohíbe "desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias", así como "ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que se] comercialice". Y, claro está, tales condiciones cubren, no sólo los aspectos temporales concomitantes a la relación de consumo, sino que, además, "anticipan" su vigencia y efectividad a etapas previas al efectivo establecimiento de la relación de consumo, tanto como a etapas posteriores al acto de consumo en sí. En el primer sentido cito, como ejemplo, la prohibición del art. 35, LDC, que veda realizar propuestas al consumidor sobre cosas o servicios no requeridos por éste,

imponiéndole que, si quiere rechazar la oferta formulada, debe manifestarse expresamente, so pena de generarle un cargo automático en el sistema de débito con el que opera, con lo que -dicho sea de paso- se daría al silencio del consumidor un efecto contrario al establecido en el ex] art. 919, Cód. Civ. v. gr.; y, en términos genéricos, cito, también como ejemplo, la norma del art. 37, LDC, la que, dentro del marco de términos y cláusulas abusivos, otorga al consumidor la facultad de demandar por nulidad, total o parcial, "en caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato"; y otro tanto, acerca de los controles previos que la autoridad de aplicación debe ejercer respecto de tales situaciones de abuso contractual, conforme las normas previstas en los arts. 38 y 39, LDC; etc. (El actual Código Civil y Comercial norma adecuadamente ciertas prácticas abusivas en la comercialización de bienes y servicios). Por cierto que el grueso de la normativa protectoria de los derechos del consumidor, en punto a equidad y dignidad en el trato que se le debe, tiene su aplicación 'cuasi-natural', en la relación de consumo en sí misma, pero también extiende sus efectos a etapas posteriores a ella, en la medida en que se prevén diversos mecanismos tendientes a reparar y/o sancionar los daños e infracciones en que pueda incurrir el proveedor al respecto; así la LDC prevé, con distintos efectos y alcances: un trámite administrativo (Cap. XII), acciones judiciales (Cap. XIII), una instancia "conciliatoria y extrajudicial" ante las asociaciones de consumidores (art. 58), y, finalmente, el arbitraje de consumo (Cap. XV). Pero, además, queda claro que, si bien "alguna" relación de consumo debe darse para que resulten operativas las normas consumeriles protectoras, lo cierto es que la LDC extiende el concepto de "consumidor o usuario" a situaciones en las que el afectado no participa de una relación de consumo aunque "como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final" -consumidor indirecto-, aunque ha eliminado la referencia expresa "a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo" -es decir, una suerte de "afectado por rebote" de una relación de consumo; "expuesto a" implica una cierta pasividad en el afectado (CONDOMI)-; en tal sentido, se observaba que la protección del Derecho del consumo alcanzaría no sólo al consumidor directo -y a su grupo familiar o social en tanto destinatario final-, sino también al denominado "bystander" (es decir, "el tercero próximo al producto o servicio", Cám.Nac. Civil, Sala J, in re "Seisdedos", 20/4/10), tanto como a quien, simplemente, se encuentra sometido a una práctica lesiva del mercado (LORENZETTI), porque, siendo la confianza una condición esencial ("lubricante", LORENZETTI) de las relaciones sociales, y, en particular, del acto de consumo (TAMBUSSI), las previsiones de equidad y dignidad de trato, resultan inexcusables para el proveedor, en razón de los bienes y servicios que comercializa. (No obstante, el actual Cód. Civ. y Com. brinda protección a "todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no..." -art. 1096, cód. cit. -, norma en la que podría verse un cierto "reverdecimiento" de la figura del consumidor "meramente expuesto".) A su turno, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con un considerable número de leyes tendientes a efectivizar los derechos del consumidor sobre el particular en el ámbito local, que pueden considerarse "complementarias" de la legislación nacional, en esta temática, sin perjuicio de indagar si, aun resultando más beneficiosas para el consumidor -objeto especial de protección y defensa a nivel constitucional y nacional- podrían ser tildadas de inconstitucionales, por tomar injerencia en materias reservadas al Congreso de la Nación (arg. art. 75, inc. 12, Cons. Nac.). (Por cierto, esta cuestión excede los límites de estas reflexiones ya que requeriría un más amplio margen de cavilación que el propuesto en la consigna de este trabajo.)

Concluyo en que el Derecho del consumo excede el marco de la normativa específicamente dirigida al vínculo jurídico entre consumidores y proveedores, y que, tanto el derecho de acceso al consumo `stricto sensu o propiamente dicho - o derecho de acceder efectivamente al consumo-, previo o presupuesto a la relación y al acto de consumo en sí, cuanto las vicisitudes jurídicas de éstos, se integran en un complejo normativo amplio. En estos términos, cabe decir que el carácter interdisciplinario atribuible a esta materia se presenta (TAMBUSSI), tanto en sentido "extrasistémico" -afectando aspectos económicos, políticos, sociológicos y, en general, culturales- cuanto "intrasistémico" en el ámbito jurídico -normativo- que exige un tratamiento transversal (o, al menos, "oblicuo", en términos de GUIBOURG) de esta temática, sea respecto de

la relación y al acto de consumo y sus vicisitudes, sea, en particular, respecto de la instancia de ingreso a la estructura consumerista; afectando otras áreas del derecho público y del privado, de fondo y procesal (LEIVA).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 23 DE DICIEMBRE DE 2020
:
Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: ***0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1096, Ley 340 Art.919, Constitución de la Nación Argentina Art.33, Constitución de la Nación Argentina Art.41, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Constitución de la Nación Argentina Art.43, Constitución de la Nación Argentina Art.75, Ley 24.240 Art.1, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.8, Ley 24.240 Art.35, Ley 24.240 Art.37, Ley 24.240 Art.38 al 39, Ley 24.240 Art.58, Ley 23.313, Constitución de la Provincia de Buenos Aires Art.12, Constitución de la Provincia de Buenos Aires Art.38, CONSTITUCION DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.11, CONSTITUCION DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.13, CONSTITUCION DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.17 al 19, CONSTITUCION DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.46, **128.TRA I 000000 1948 12 10***

REF. BIBLIOGRAFICAS

-AKEHURST, MICHAEL; "Introducción al Derecho internacional". (Alianza Editorial).
-BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ; "Manual de la Constitución reformada".
-CARCOVA, CARLOS MARÍA; "Teorías jurídicas alternativas". (Centro Editor de América Latina).
-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Reflexiones generales sobre Defensa del consumidor y Sistema Arbitral de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (primeras aproximaciones)"; (www.infojus.gov.ar).
-GUIBOURG, RICARDO A.; "Hacia una nueva cultura jurídica"; UBA.
-IRIGOYEN, ROBERTO O.; "Los derechos del consumidor". (La Ley).
-LEIVA, CLAUDIO; "Derechos del consumidor: incidencia de la reforma introducida por la ley 26.361; la relación de consumo"; ponencia en Comisión de Derecho Interdisciplinario.
-LORENZETTI, RICARDO; "El consumo y la jurisprudencia de la Corte"; La Gaceta, Tucumán, 12/7/10.
-MONCAYO, GUILLERMO R., VINUESA, RAÉL E. y GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D.T.; "Derecho Internacional Público". (Zavalía).
-PEREZ BUSTAMANTE, LAURA; "Derecho Social de Consumo". (La Ley).
-PEREZ BUSTAMANTE, LAURA; "Los derechos de la sustentabilidad: desarrollo, consumo y ambiente". (Ediciones Colihue).
-RIBON SEISDEDOS, FELIPE; "Manual básico de arbitraje de consumo"; CEACCU.
-STIGLITZ, GABRIEL; "El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur". (La Ley).
-TAMBUSSI, CARLOS; "Los derechos del consumidor como derechos humanos"; en "Derechos Humanos", Gordillo, A. y otros; (Fundación de Derecho Administrativo).
-TRIMBOLI, JUAN; "Consumidores, empresarios y responsabilidad social". (Ponencia en Congreso Internacional de Acción-RSE, "Del discurso a la práctica", Chile, 2004).
-ZÉÑIGA URBINA, FRANCISO; "Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Apuntes acerca de la naturaleza y justiciabilidad de los derechos fundamentales"; Revista "Pensamiento Constitucional"; ponencia presentada a XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, 2007.

Sobre la necesidad de proteger a los consumidores argentinos mediante el uso de etiquetas de eficiencia energética: Su función ambiental y frente al cambio climático

IGLESIAS DARRIBA, CLAUDIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 16 DE NOVIEMBRE DE 2020

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE-CAMBIO CLIMATICO-MARCAS SUSTENTABLES-ETIQUETAS ECOLOGICAS-ETIQUETAS DE EFICIENCIA ENERGETICA

TEXTO

1. Acerca de las etiquetas ecológicas y de eficiencia energética.

En retiradas ocasiones nos hemos referido a las ventajas de las llamadas "etiquetas ecológicas" para la protección del ambiente y la mitigación del cambio climático a nivel global. (Iglesias-Darriba, 2018, 2020). Y también hemos resaltado que dichas figuras son de fundamental importancia para la protección de nuestro ambiente y clima, a nivel local de la Argentina. (Iglesias-Darriba, 2018, 2019b, 2020).

Las etiquetas ecológicas son certificaciones que indican que un producto o servicio tiene un desempeño ambiental superior o un impacto ambiental mínimo. Son muy variadas y pueden ser otorgadas por entidades públicas o privadas, lo que incluye, gobiernos, empresas y ONG. Dentro de este tipo de etiquetas encontramos las etiquetas de eficiencia energética (EEE).

Las EEE son etiquetas de naturaleza informativa colocadas en el producto por un tercero ajeno al fabricante(2) para describir el desempeño energético de éste (generalmente en forma de uso, eficiencia o costo energético). Su función es brindar a los consumidores los datos necesarios para realizar una compra informada. (Wiel & McMahon, 2005).

Las EEE pueden ser independientes o complementar programas energéticos (que son habitualmente implementados por los países para mejorar sus estándares energéticos). Todo esto tiene por finalidad usar eficientemente su energía (no solamente ahorrar energía). Para ello estas etiquetas también brindan un punto de referencia común de eficiencia energética. Este punto de referencia facilita que las empresas de servicios públicos y las agencias gubernamentales de conservación de energía ofrezcan incentivos a los consumidores para que compren productos de eficiencia energética.

Las EEE pueden clasificarse en "etiquetas de aprobación" y "etiquetas comparativas" (Wiel y McMahon, 2005) y no cabe duda de que su presencia en los productos y servicios siempre beneficia a los consumidores. Las etiquetas de aprobación son esencialmente "sellos" que se otorgan de acuerdo con criterios específicos. Un buen ejemplo son las etiquetas "Energy Star", (emitidas por la Agencia de Protección Ambiental de los EE. UU.) estas etiquetas siguen el enfoque de "mejor en su clase", en el sentido de que sólo se aplican a los productos con mayor eficiencia energética en una categoría determinada (Heinzle & Wüstenhagen, 2012).

Las etiquetas comparativas, por su parte, clasifican la eficiencia energética de un producto en relación a una escala absoluta. Un ejemplo de este tipo de etiquetas es el etiquetado energético de la Unión Europea, adoptado por la Argentina en el año 2006. Esta etiqueta califica la eficiencia energética de los productos en una escala de siete puntos que van de la "A+++" a la "D", y se ha aplicado en una amplísima gama de electrodomésticos desde 1992, con variantes. Originalmente, el sistema europeo tenía una clasificación de la eficiencia energética de la "A" a la "G", también seguido por nuestro país en el mismo sentido.

2. Acerca de la protección de los consumidores en la Argentina.

En Argentina, el Artículo 42 de la C.N. establece el rango constitucional de los derechos de los consumidores, lo cual es de fundamental importancia cuando hablamos de EEE, ya que el uso de éstas tiene por finalidad -justamente- la protección de aquellos.

Por su parte, el Art. 4° de la Ley 24.240 establece la obligación del proveedor de 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(3). Vale decir que el costo del etiquetado no debe trasladarse al consumidor. No obstante, es sabido que los precios de los productos y servicios que contienen etiquetas (en general, todo tipo de etiquetas ecológicas) son más caros. También debemos resaltar que cuando se trata de la compra de productos o servicios ecológicos existe un sector bien diferenciado de los consumidores, a los que se suele conocer como "consumidores éticos", "políticos" o "ambientales", que están dispuestos a pagar precios más caros por los productos ecológicos etiquetados (Iglesias-Darriba, 2019a, 2020).

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) legisla expresamente sobre la cuestión de la sustentabilidad al disponer 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" (art. 1094 CCyC). El consumo sustentable, a su vez, encuentra otras normas que le sirven de sustento. Así: (a) que "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general" (art. 14 CCyC), y (b) que la ley establece límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes, que debe ser compatible con: los derechos de incidencia colectiva, y no deben afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial (art. 240 y 241). (Bianchi, 2017).

Aparece así en nuestra máxima normativa civil y comercial el concepto de consumo sustentable, que pasa a integrarse con el uso de las etiquetas ecológicas. En este sentido, el CCyC contiene normas absolutamente novedosas con relación a la protección de los consumidores, lo que -llevado a los antes mencionados consumidores ambientales- aumenta notoriamente la protección que estos reciben en la Argentina.

A su vez, la Argentina, incorporó la Decisión del Consejo del Mercosur N° 26, del 28/06/2007(4), en la cual se define el "consumo sostenible" como el uso de bienes y servicios que responden a necesidades del ser humano y proporcionan una mejor calidad de vida y al mismo tiempo minimizan el uso de recursos naturales de materiales peligrosos y la generación de desperdicios y contaminantes sin poner en riesgo las necesidades de las generaciones futuras.

Recordemos, en nuestro derecho el consumidor es 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(5). Como vemos su definición es sumamente amplia, así como lo es su protección. A su vez, el CCyC establece que, en caso de duda sobre la interpretación del este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor (Art. 1094). A su vez, establece que las dudas sobre el alcance de las obligaciones de los consumidores deben interpretarse de la manera que sea menos gravosa para estos (Art. 1095).

Actualmente, en nuestro país, las EEE aparecen en muchos productos de uso diario que van desde heladeras y lavarropas hasta casas particulares(6). Su finalidad se enmarca, claramente, en la protección constitucional de los consumidores que venimos mencionando en esta trabajo. Tanides explica que los productos sobre los que históricamente ha recaído gran parte de la actividad de la eficacia energética son los refrigeradores y congeladores. Esta

situación se justifica en el hecho que, resulta uno de los consumos individuales más importantes, dentro del sector residencial y que, además, tiene un potencial de ahorro muy importante pudiendo aumentarse su eficiencia de forma considerable en forma rentable (Tanides, 2007). Los refrigeradores y congeladores domésticos fueron los primeros, y así aparecieron normas de etiquetado a nivel mundial: EE.UU. (1976), Brasil (1984), China (1989), la UE (1992), México (1995). Por eso también se implementaron en esos países sistemas de etiquetado de eficiencia energética (Tanides, 2007).

Desde el punto de vista específico del cambio climático, estas etiquetas permiten los objetivos de la Ley N° 27.520 (de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global), en especial el objetivo contenido en el Art. 3°b) de dicha norma: "Asistir y promover el desarrollo de estrategias de mitigación y reducción de gases de efecto invernadero en el país". En efecto, el etiquetado es una política de mitigación probada internacionalmente en materia de cambio climático.

3. Conclusiones.

Por lo dicho en este breve trabajo podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. Las etiquetas de eficiencia energética, tal como las hemos analizado en este trabajo, pueden ser considerados como parte de un género mayor conformado por las etiquetas ecológicas y participan de las características generales de éstas.

2. En el derecho argentino, las etiquetas de eficiencia energética encuentran fundamento en el Art. 42 de la Constitución Nacional, las normas citadas del Código Civil y Comercial, la Ley 24.240, la mencionada normativa del Mercosur, así como la legislación sobre ambiente, cambio climático y sostenibilidad.

3. En el mencionado contexto, las etiquetas de eficiencia energética se enmarcan en la protección constitucional y legal de los consumidores argentinos.

Normativa argentina:

- CN, Art. 42.
- CCyC, Arts. 14, 240, 241, 1092, 1094, 1095.
- Ley N° 27.520.
- Ley 24.240.

Normativa internacional:

MERCOSUR/CMC/DEC. N° 26/2007.

Notas al pie:

1) Claudio Iglesias Darriba, Abogado (Universidad de Buenos Aires) y Doctor en Sociología (Universidad John F. Kennedy). Diploma Superior y Candidato a Magister en Derecho y Economía del Cambio Climático (FLACSO Argentina). Posgrado en Propiedad Industrial (Universidad de Buenos Aires). Docente de Derecho Ambiental y de la Diplomatura en Litigio de Conflictos Sociales y Ambientales de la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ).

2) Esta característica (la diferencia entre el sujeto certificador y el certificado) confiere seguridad jurídica a la elección de los consumidores. Es por ello que el valor de las certificaciones aumenta en la medida en que las condiciones legales y reglamentarias que regulan el etiquetado son más estrictas.

3) Ley N° 24.240. Art. 4°.

4) MERCOSUR/CMC/DEC. N° 26/2007. Política de Promoción y Cooperación en Producción y Consumo Sostenible en el Mercosur, de 28-06-2007. Norma incorporada por Decreto N° 1289/2010.

5) CCyC. Art. 1092.- (...) 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.

6) Norma IRAM 11.900 Ed.2.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 16 DE NOVIEMBRE DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.14, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.240 al 241, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1092, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1094, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1095, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240, LEY 27.520*

REF. BIBLIOGRAFICAS

- Bianchi, L. V. (2017). El impacto del principio de acceso a un consumo sustentable del Código Civil y Comercial de la Nación en el derecho de los consumidores a la información ambiental de los productos y servicios. En Jornadas Nacionales de Derecho Civil - Universidad Nacional de La Plata.
- Heinzle, S. L., & Wüstenhagen, R. (2012). Dynamic adjustment of eco-labeling schemes and consumer choice - the revision of the EU energy label as a missed opportunity? *Business Strategy and the Environment*, 21(1), 60-70. <https://doi.org/10.1002/bse.722>.
- Iglesias-Darriba, C. (2018). Marcas sustentables, etiquetas ecológicas y consumidores: Su interacción en derecho argentino actual. SAIJ. Retrieved from <https://cutt.ly/YALh4y>.
- Iglesias-Darriba, C. (2019a). El consumidor político como agente preferencial para la mitigación del cambio climático: El uso del etiquetado de huella de carbono. SAIJ. <https://doi.org/Id SAIJ: DACF190129>.
- Iglesias-Darriba, C. (2019b). La influencia de las marcas comerciales en el fortalecimiento de la sostenibilidad y de los consumidores ambientales. Dossier de Defensa Del Consumidor SAIJ.
- Iglesias-Darriba, C. (2020). SAIJ - Tres instrumentos para proteger a los consumidores ambientales en la Argentina: Etiquetas de eficiencia energética, etiquetas de huella de carbono, y marcas colectivas. SAIJ. Retrieved from <http://www.saij.gob.ar/claudio-iglesias-darriba-tres-instrumentos-para-proteger-consumidores-ambientales-argentina-etiquetas-eficiencia-energetica-etiquetas-huella-carbono-marcas-colectivas-dacf200136-2020-07-01/123456789-0abc-defg6310-02fcanirtcod?q= au>.
- Tanides, C. G. (2007). Primera evaluación del impacto de la etiqueta de eficiencia energética en los refrigeradores y congeladores de la Argentina. *Avances En Energías Renovables y Medio Ambiente*, 11. Retrieved from <http://www.cricyt.edu.ar/asades/modulos/averma/trabajos/2007/2007-t007-a004.pdf>.
- Wiel, S., & McMahon, J. (2005). Energy-Efficiency Labels and Standards: A Guidebook for Appliances, Equipment, and Lighting. Retrieved from <https://www.osti.gov/biblio/877316>.

Precios máximos en épocas de coronavirus y derechos del consumidor

PEREZ, ALVARO A.

Publicación: www.microjuris.com.ar, 13 DE ABRIL DE 2020

TEMA

EMERGENCIA SANITARIA-PANDEMIA-CORONAVIRUS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-FIJACION DE PRECIOS-TRATO DIGNO

TEXTO

Los tiempos actuales que atraviesa la sociedad mundial por efecto de la pandemia del virus SARS-COVID19 trajo aparejada, en mayor o en menor grado, la adopción de medidas sanitarias y económicas para mitigar el impacto en el ámbito del derecho a la salud y de la economía.

Entre las medidas adoptadas se destacan aquellas que propugnan garantizar el acceso sin restricciones a los consumidores a bienes básicos tendientes, principalmente, a la protección de la salud, alimentación e higiene.

En concordancia con ello la Secretaría de Comercio Interior dictó la resolución 100/2020 por la cual se crea un listado de productos sobre el cual se deberán fijar como precios máximos aquellos que hayan estado vigentes al 6 de marzo y debidamente comunicados por cada comercializadora al SEPA.

En razón de ello el presente artículo pretende explicar la obligación que deben asumir los sujetos obligados a este decreto, las particularidades que pueden presentarse y exponer los derechos que tiene cada consumidor frente al incumplimiento de los proveedores y como hacerlos valer.

(QUÉ IMPLICA ESTA RESOLUCION?).

La resolución mencionada obliga a todos los sujetos alcanzados por el artículo 4 de la Resolución N° 12/2016 de la ex Secretaría de Comercio y los sujetos alcanzados por el artículo 2 de la Resolución 448/2016 de la ex Secretaria de Comercio a fijar como precios máximos aquellos que hubieran informado al Sistema Electrónico de Publicidad de Precios Argentinos (SEPA) al 6 de marzo de 2020 para cada uno de los productos que obran descriptos en el anexo I de la resolución 55/16 de la ex Subsecretaría de Comercio Interior.

Así mismo obliga a todos los distribuidores, productores y comercializadores alcanzados por la ley 20.680 a comercializar los productos descriptos en el ANEXO I de la resolución 55/16 de la ex Subsecretaría de Comercio Interior con un precio máximo de venta a consumidores, hipermercados, supermercados, almacenes, mercados, autoservicios, mini mercados minoristas y/o supermercados mayoristas aquellos vigentes al 06 de marzo de 2020.

Resulta trascendente destacar que la resolución que aplica el retrotramiento de los precios vigentes al 6 de marzo de 2020 ordena a la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores a crear una lista de precios máximos de referencia para la canasta básica alimentaria por cada provincia y es, justamente allí, donde se originan uno de los primeros problemas interpretativos.

La resolución ordena retrotraer los precios al 6 de marzo de 2020, dicho retrotramiento pone como tope máximo el precio que la comercializadora puede cobrar por cada producto afectado a esta disposición, no siendo un obstáculo que pueda cobrar un precio menor a lo que venía informando al 6 de marzo de 2020.

(CUÁL ES EL PRECIO MAXIMO AL QUE ALUDE LA RESOLUCION?).

Debemos realizar una clara precisión, el precio máximo que cada

comercializadora (artículo 1 y 2 de la presente resolución) podrá cobrar es aquel que informo al SEPA al 6 de marzo de 2020, por lo que si se advierte que al 6 de marzo se comercializaba un producto alcanzado por esta resolución por un precio mayor al informado al SEPA, el precio que deberá aplicarse es el efectivamente informado.

Esta cuestión es vital en razón de que puede haberse operado una información incorrecta y haber comercializado el producto en dicha fecha por un precio mayor.

Resulta acertada la redacción al poner como límite máximo el precio que cada comercializadora informo al SEPA y no el precio efectivamente comercializado toda vez que ello arroja claridad y certeza a los consumidores.

Por otra parte nos topamos con un listado de referencia de precios máximos, lo que cotejados con lo informado al SEPA por cada sujeto obligado podría haber discordancias y, por ende, no saber cuál es el precio que debe aplicarse.

Justamente el listado es de REFERENCIA, lo que busca es arribar al consumidor una aproximación de lo que se debería estar cobrando conforme la base de datos con la que cuenta la Subsecretaría mencionada, pero no es un tope máximo de obligación para el proveedor.

Esto en razón de que dicho listado no es más que una herramienta a disposición del consumidor para alertar EL POSIBLE incumplimiento por parte de las comercializadoras y alentar a realizar el reclamo pertinente, el cual se abrirá una investigación y la autoridad de aplicación cotejara el precio abonado con el informado al 6 de marzo ante el SEPA.

Siendo claros, el listado de precios máximos es de REFERENCIA y no de imposición, por lo que el costo máximo de cada producto será el informado ante el SEPA por cada comercializadora, pudiendo no coincidir con el listado de precios máximos, por lo que antes de imputarle responsabilidad por incumplimiento deberá cotejarse el precio informado.

Diferente es la cuestión de las distribuidoras, productores y comercializadoras alcanzadas por la ley de abastecimiento (20.680) en tanto no son sujetos obligados a adherirse al sistema del SEPA por lo que pueden no informar sus precios ante dicha entidad, por lo que sus precios se retrotraen a los que efectivamente comercializaban al 6 de marzo.

Dicha cuestión no trae aparejado mayores inconvenientes para con los consumidores toda vez que aquellas tienden a comercializar sus productos a personas jurídicas y/o humanas no consumidoras, es decir que estas últimas no se abastecen para consumo final, no cortando la cadena productiva, poniendo en venta dichos productos adquiridos como su actividad principal.

(QUIÉNES SON LOS SUJETOS OBLIGADOS AL CUMPLIMIENTO DE ESTA RESOLUCION?).

En lo que importa a los consumidores y conforme surge de la resolución analizada los sujetos obligados son aquellos alcanzados por las resoluciones 12/2016 y 448/2016 de la ex SECRETARIA DE COMERCIO, así podemos destacar:

1. ALMACENES
2. MERCADOS
3. AUTOSERVICIOS
4. SUPERMERCADOS
5. HIPERMERCADOS
6. ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES MAYORISTAS DE VENTA DE PRODUCTOS DE CONSUMO MASIVO QUE CUENTEN CON SALON DE VENTAS.

VIGENCIA DE LA RESOLUCION.

Conforme lo prescribe el artículo 9 de la citada resolución, ésta entrará en vigencia el mismo día de su publicación en el boletín oficial, habiéndose publicado el 20 de marzo de 2020 en el boletín oficial N° 34334 en su página 17.

La vigencia de dicha resolución será de 30 días corridos desde su entrada en vigencia, con la salvedad de que podrá ser prorrogada en caso de necesidad.

En fecha 17 de abril se publica en el boletín oficial la Resolución 117/2020 del Ministerio de Desarrollo Productivo - Secretaría de Comercio Interior en la cual, atendiendo la emergencia sanitaria actual, decide prorrogar por 30 días más la vigencia de la Resolución 100/2020 la cual entrará en vigencia desde el día posterior al vencimiento estipulado para la resolución 100/2020.

Se deja a salvo la posibilidad de continuar prorrogando el plazo en atención a la evolución de la situación epidemiológica que motivó el dictado de la mencionada resolución.

(QUÉ DERECHOS SE ENCUESTRAN EN JUEGO PARA LOS CONSUMIDORES?).

En primer lugar debemos destacar que los sujetos que mencionamos arriba actúan en el mercado, frente a los consumidores, como proveedores en los términos del artículo 2 de la ley 24.240, y en la medida en que celebran un contrato con los consumidores o se vinculan mediante una relación de consumo, son sujetos obligados de todo el estatuto consumeril, debiendo acatar de manera imperiosa las disposiciones normativas y resoluciones que se dicten en protección de los derechos del sujeto débil de dicha relación.

Dentro del marco de emergencia sanitaria que atraviesa nuestro país es dable destacar que se dicten normas, decretos o resoluciones que tiendan a "poner al día" las prácticas comerciales a nuevos estándares de comercialización que garanticen el resguardo de los derechos de los consumidores y usuarios frente a prácticas de aprovechamiento y abusos.

Así el consumidor cuenta con el derecho a que se respete su dignidad, que se despliegue un trato equitativo y digno, que se respeten sus intereses económicos, se brinde una adecuada información y se desplieguen acciones positivas tendientes a la educación de los mismos.

Advertimos que el control en la distorsión de los mercados y el control de los monopolios naturales y legales trasuntan en un interés de protección de intereses económicos para los consumidores.

En razón de ello las entidades mencionadas tienen la obligación de asegurar el acceso a productos de salud, higiene y alimentos a los consumidores a un precio real y no especulativo de las condiciones socio-sanitarias y económicas que se viven actualmente.

El incumplimiento de la resolución aquí analizada acarrea una vulneración de derechos de una envergadura trascendental debiendo destacar, a modo enunciativo, la violación al deber de trato digno, violación al deber de información, violación a los intereses económicos, entre otros.

Destacamos principalmente la violación al deber de trato digno en cuanto venimos sosteniendo que el consumidor debe ser siempre considerado como un fin en sí mismo y no como un mero medio para la obtención de un rédito económico, esto último se acrecienta frente a una crisis sanitaria en donde las reglas de juego de comercialización entran en pugna aun mas con la dignidad propia de cada sujeto/consumidor.

Decimos que la dignidad en la relación de consumo se materializa a través de un derecho-deber. Esto es distintas caras de una misma moneda. Por un lado, y como ser supremo e inalienable, amparado por todos los derechos fundamentales que tiene todo ser humano, el consumidor tiene el derecho de ser tratado con respeto, sin discriminaciones, respetando su dignidad y su calidad de ser humano. Por el otro lado tenemos el deber del proveedor de bienes o servicios de respetar al consumidor valorándolo como un fin en sí mismo y no como un mero medio para conseguir un determinado objetivo, que en última instancia se materializa en la obtención de un rédito económico por la comercialización de bienes o servicios que tiene como ultimo destinatario el consumidor.

Podemos definir al trato digno en la relación de consumo como la obligación por parte del proveedor de bienes y servicios, en tanto sujeto fuerte de aquella, de respetar la condición de ser humano de los consumidores y usuarios, evitando colocarlos en situaciones que maximicen su condición de sujeto débil de la relación consumeril, debiendo tratarlos, a través de todas las prácticas comerciales desplegadas en las distintas etapas de la relación, como un fin en sí mismo y no como un mero medio para la obtención de un determinado objetivo y/o beneficio del proveedor, debiendo enmarcar su conducta conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos y la Constitución Nacional.

(QUÉ HACER FRENTE AL INCUMPLIMIENTO?).

Constatado el incumplimiento por parte de los sujetos obligados, esto es habiendo constatado que el precio abonado por el consumidor es mayor al que hubiere informado el 6 de marzo de 2020 al SEPA, éste podrá realizar las denuncias administrativas pertinentes ante la autoridad de aplicación, sin embargo tendrá a salvo la acción judicial individual en la cual podrá reclamar los daños y perjuicios generados, como así también, podrá solicitar la aplicación judicial de una multa en concepto de daño punitivo por el obrar antijurídico, multa que consideramos que de constatarse dicho incumplimiento deberá ser de una envergadura tal que desaliente el aprovechamiento de prácticas abusivas e ilegítimas el cual entendemos debería agravarse por la actual situación sanitaria que atraviesa el país y en la cual el estado de vulnerabilidad del consumidor es mayor que lo habitual, por lo que el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad por parte del proveedor resulta aun más recalcitrante.

Notas al pie:

(*)Pérez Alvaro Alberto, abogado (Universidad Nacional de Tucumán); magister en economía y derecho del consumidor (Universidad de Castilla - La Mancha); maestrando en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF)

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.microjuris.com.ar

Fecha: 13 DE ABRIL DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 20.680, Ley 24.240 Art.2

Neurociencias, inteligencia artificial & Derecho. Lo real como enunciado de la percepción. La inteligencia artificial como profecía autocumplida

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 4 DE AGOSTO DE 2020

TEMA

NEUROCIENCIA-INTELIGENCIA ARTIFICIAL-DERECHO-RELACION DE CONSUMO-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-CONSUMIDORES-PUBLICIDAD-PUBLICIDAD SELECTIVA

TEXTO

I. La dialéctica de los consumidores insatisfechos y los proveedores insaciables.

La comercialización masiva de bienes y servicios (ByS) tiene características especiales a partir de las cuales se organiza la sociedad de consumo. Este tipo de organización, resulta traumática para el sujeto porque está pensada para satisfacer las aspiraciones acumulativas de las corporaciones predominantes antes que la dicha de los individuos.

Este fenómeno, que revela una relativa incompatibilidad entre el desarrollo de la sociedad de consumo y el bienestar del individuo es muy bien explicado por Akerlof y Shiller. Para estos autores, el ideal de consumo promueve la venta de ByS con independencia de su utilidad y conveniencia para los individuos. Se describe una forma de organización social que impone sus reglas de supervivencia aún a costa de sacrificar la dicha individual de sus integrantes: Vamos ahora al mundo de la publicidad..., los publicistas tienen que mejorar las ventas de las compañías que los contratan, incluso si esas ventas reducen el bienestar de los clientes(2).

Esta reflexión de Akerlof y Shiller se complementa con el ilustrativo ejemplo que ofrece Dan Ariely en Las trampas del dinero. Este destacado psicólogo israelí, actualmente radicado en Estados Unidos, cuenta que cuando comenzó a trabajar en la prestigiosa MIT (Massachusetts Institute of Technology) le otorgaron una pequeña oficina que debía decorar. Allí debía colocar un sofá común y corriente de unos U\$ 200, útil y práctico para las entrevistas académicas que debe realizar un titular de cátedra. Sin embargo, por motivos que aún hoy ignora, Ariely terminó comprando un sillón enorme, desproporcionado para el tamaño de su oficina, y por el cual pagó U\$ 2000. Es decir: pagó diez veces más por un mueble que empeoró su hábitat de trabajo. Así sobrevive la sociedad de consumo(3).

Martha Nussbaum(4) (Filósofa, Universidad de Chicago, Brown University y Universidad de Harvard), en forma brillante explica que la dicha de un individuo es la contracara de una sociedad justa que distribuye más seguridad, más educación, más derechos personalísimos y mejora el medio ambiente que teléfonos celulares de pantallas más grandes, y precios más bajos, cuyo aporte a la felicidad del individuo dura menos que su batería. Lo primero que podemos decir de las sociedades que estamos imaginando es no aspiran solamente al crecimiento económico y no consideran que el aumento del PBI per cápita sea el único indicador de su calidad de vida. Persiguen más bien, por el bien de su población general, una amplia variedad de objetivos en ámbitos que incluyen la salud, la educación, los derechos y libertades políticas, la calidad medioambiental, y muchos otros. Podríamos decir que aspiran al desarrollo humano, es decir, a las oportunidades de que las personas tengan vidas ricas y gratificantes, dice Nussbaum(5).

Michael Sandel (Ciencias Políticas - Universidad de Harvard), advierte que vivimos una época exageradamente consumista donde todo puede comprarse y venderse, siendo inexplicable cómo se llegó a esta situación donde los mercados dominan al sujeto: hemos pasado, involuntariamente, reflexiona Sandel, de una economía de mercado a una sociedad que se organiza a imagen

del mercado: La diferencia es esta: una economía de mercado es una herramienta -una herramienta valiosa y eficaz - para organizar la actividad productiva. Una sociedad de mercado es una manera de vivir en la que los valores mercantiles penetran en cada aspecto de las actividades humanas. Es un lugar donde las relaciones sociales están hechas a imagen del mercado(6).

En este punto, compartimos el pensamiento de Martha Nussbaum: en las sociedades de consumo modernas, basadas en la libertad contractual absoluta, tienen más chances de prosperar las empresas que de ser felices los individuos que compran sus productos.

II. (Oferta y demanda o libertad y manipulación?).

Las reflexiones formuladas en el tópicico introductorio promueven la formulación de nuevos interrogantes. Veamos: (se demandan productos o la demanda es estimulada por la oferta? (Quién controla a quién en las economías basadas en el modelo liberal-libertario? (Hay libertad contractual o libertad para manipular a los consumidores? Es que, como bien señalan Akerlof y Shiller: Cuando existen mercados completamente libres, no sólo existe libertad para elegir, sino también libertad para engañar(7).

Esta situación, que describe un mercado dominante y un sujeto sumiso fue explicada por Atilio Alterini en un brillante artículo denominado El consumidor en la sociedad posmoderna (Thompson Reuters, 2001)(8). Por entonces, el Profesor Alterini advertía que el consumo es inducido por el mercado antes que ser requerido por la voluntad del sujeto. Esta formulación pone en el tapete un fenómeno que debemos conocer si queremos solucionarlo o, al menos, atenuarlo: se consume por la sobreoferta de ByS y no por su demanda. Esto equivale a decir que no prevalece la necesidad insatisfecha del consumidor, sino la rentabilidad insaciable de los productores que inundan el mercado de cosas que nadie necesita.

El consumo por oferta es una de las principales características (negativas) de la sociedad de consumo. La sobreabundancia de ofertas procura la rentabilidad corporativa y no satisfacer demandas genuinas de consumo. Por otra parte, y en sentido contrario a lo que ha sido propio del mercado clásico, en la actualidad la producción no es una consecuencia necesaria de la demanda. Tradicionalmente, la demanda de cierto producto o servicio antecede a la oferta, y ésta atendía las necesidades insatisfechas. Ahora, en cambio, el productor procura crear las necesidades en el público, orientándolo para que compre productos que, unilateralmente, ha decidido poner en el mercado. A tal fin, provoca una estimulación de la demanda mediante la publicidad; de modo que, en la realidad de los hechos, quien decide qué va a ser consumido es el productor y no el consumidor., dice con razón Alterini(9).

Esa excesiva injerencia de la marcha de los mercados en nuestra vida se trata de una de las cuestiones más distorsivas de las modernas sociedades de consumo. Como dice Sandel: La intromisión de los mercados, y del pensamiento orientado a los mercados, en aspectos de la vida tradicionalmente regidos por las normas no mercantiles es uno de los hechos más significativos de nuestro tiempo(10).

La ley de la oferta y la demanda actúa, entonces, en dos direcciones. En primer lugar, opera sobre los precios de productos, en segundo término, y de manera determinante, interviene en la definición de los productos que van a existir. El fundamento para determinar los bienes que vamos a consumir y los precios que vamos a pagar por ellos no es, por supuesto, nuestra preferencia ni tampoco la utilidad social del producto. La existencia de un producto está completamente subordinada a la renta que genera una vez que se pone en funcionamiento la maquinaria comercial. En sumario: el objeto terminativo de los mercados es la acumulación de riqueza y no la dicha de los individuos.

III. La Inteligencia Artificial y las profecías autocumplidas.

Como si el panorama descrito en los antecedentes no fuera lo suficientemente complicado, los avances de la Inteligencia Artificial (IA) nos permiten suponer que las relaciones de consumo cada vez están más subordinadas por la

creación de complejos algoritmos predictivos.

Esto equivale a decir que buena parte de nuestras vidas quedó en manos de un sofisticado (pero también sesgado) entrecruzamiento de datos estadísticos que nunca vamos a llegar a comprender del todo. Para desgracia, esos datos no solamente influirán en las chucherías que compremos en la tienda virtual, sino también en la elección de nuestro trabajo, de nuestra universidad, de nuestra casa, etc. La vida misma, de a poco, va quedando reducida a una unidad que se asemeja más a un algoritmo que a una célula biológica.

Cathy O'Neil (Matemática, PhD, Harvard) nos revela algunos de los misterios de esa deidad contemporánea llamada Algoritmo que organiza lo que conocemos como bajo el nombre de Inteligencia Artificial. O'Neil sostiene, en forma muy ilustrativa, que: Un algoritmo procesa un montón de estadísticas y produce como resultado una cierta probabilidad de que una persona concreta pueda ser un mal empleado, un prestatario de riesgo, un terrorista o un pésimo maestro... (11)". El punto que más nos preocupa es que esa 'cierta probabilidad estadística' pronto se convierte en una verdad factual que nadie se atreve a refutar. En algunos casos, que no son aislados, la IA está ocasionando una gravísima confusión entre lo estadísticamente probable y lo fácticamente real.

Veamos un ejemplo. Si un algoritmo sesgado, luego de analizar datos que informan que ALGUNOS (por más que sean MÚCHOS, nunca serán TODOS) buenos empleados pagan a tiempo sus deudas personales, puede llegar a la prejuiciosa conclusión que TODOS los sujetos que NO pagan a tiempo sus facturas son malos trabajadores. Es decir, es verdad que algunos buenos empleados pagan a tiempo sus cuentas, pero es erróneo concluir que los empleados que no pagan a tiempo sus cuentas son más ineficientes para realizar su labor profesional.

Esa conclusión, propia de los métodos predictivos de la IA, por más que tenga peso estadístico es sesgada, prejuiciosa y fallida. Por supuesto que existen muchísimos buenos empleados que, por motivos especiales, provisorios o crónicos, NO pueden pagar a tiempo sus cuentas personales. El algoritmo no analiza los pormenores biográficos del sujeto y se limita a trazos gruesos, creando perfiles incompletos y, sobre todo, profundamente injustos y discriminadores. Empero, si en la búsqueda laboral se utilizó este tipo de algoritmo, NINGUNO de los participantes de ese grupo (morosos en el pago de sus cuentas) podrá obtener el trabajo porque el departamento de RRHH descartará automáticamente su solicitud, sin siquiera evaluar sus otras capacidades más directamente relacionadas con las tareas que debe cumplir.

Así funcionan los algoritmos; con sus luces y sus sombras. Y, aclaramos que no se trata de un ejemplo imaginativo, sino de una investigación llevada adelante por especialistas. Vale la pena que el lector pierda un poco más de tiempo leyendo la cita que anotamos por separado para no dificultar la lectura del texto (12).

El neuromarketing, cuyo principal objetivo es la búsqueda de sujetos que necesitan tomar crédito a cualquier tasa o comprar zapatillas a un precio que no pueden pagar, requiere, como primera medida, conocer digitalmente a la persona a través de algoritmos que le permitan anticipar cuáles son sus necesidades de consumo.

Es ahí donde empieza a jugar fuerte la matemática predictiva convertida, como bien dice Cathy O'Neil, en un arma de destrucción del sujeto. Nuestra vida, sin que seamos del todo conscientes, empieza a ser organizada por modelos matemáticos, no siempre bien diseñados y pocas veces bien intencionados. Son modelos de predicción que nadie se anima a refutar, probablemente por la fuerza intimidatoria que la matemática algorítmica ejerce sobre la gente común.

A nuestro modo de ver, uno de los problemas más graves de estos motores predictivos es que tienden a convertir la probabilidad estadística en resultado causal de los hechos: son profecías autocumplidas.

Cathy O'Neil acertadamente sostiene que: En la actualidad, los modelos

matemáticos mal diseñados microgestionan la economía... Son opacas, nadie las cuestiona, no dan ningún tipo de explicaciones y operan a tal escala que calcifican, tratan y optimizan a millones de personas. Al confundir sus resultados con la realidad sobre el terreno, la mayoría de ellas crean bucles de retroalimentación perniciosos(13).

Lo que la autora llama 'bucles de retroalimentación' son, ni más ni menos, las profecías autocumplidas que señalábamos. Veamos cómo funcionan esos bucles utilizando el mismo ejemplo de la búsqueda de trabajo que describimos un poco más arriba. Si una empresa basa la contratación de sus empleados en la puntualidad que cada candidato tiene para pagar sus cuentas personales, las personas que más necesitan el trabajo, por ser las más acuciadas por la existencia de deudas, serán las que menos chances de conseguir el trabajo tengan. El efecto inmediato de esta situación es que las personas que no obtienen el trabajo profundizan su insolvencia y, por añadidura, la necesidad de obtener otros préstamos que difícilmente podrán pagar puntualmente. Ello determinará que sea más improbable que accedan al trabajo que necesitan para pagar sus deudas. Así, se forma un círculo vicioso entre las deudas que no pueden pagarse y el trabajo que no puede conseguirse. Estos bucles de retroalimentación constituyen una trampa letal en la que es muy fácil caer, pero casi imposible levantarse. La matemática predictiva es una máquina que, muchas veces, por ser mal usada es destructiva(14).

Una vez que el algoritmo identifica la presa adecuada, la persigue con publicidad selectiva que es la que todos nosotros recibimos, en nuestro teléfono celular y en las redes sociales que usamos. La publicidad selectiva nos acosa desde que nos levantamos hasta que nos vamos a dormir. Conocer a las personas, sus rutinas sociales y sus hábitos más personales dejó de ser una necesidad social y se convirtió en un objetivo comercial, en el sentido más militar del término objetivo. Y en lugar de prestar cada vez más atención a los movimientos de los mercados financieros mundiales, se dedicaban cada vez más a analizar a los seres humanos, a nosotros. Los matemáticos y los especialistas en estadísticas estudiaban nuestros deseos, nuestros movimientos y nuestro poder adquisitivo. Predecían nuestra solvencia y calculaban nuestro potencial como estudiantes, trabajadores, amantes o delincuentes(15).

Los mercados no tienen moral o, mejor dicho, no tienen límites morales. Los sistemas matemáticos que ponen en movimiento la tan ponderada inteligencia artificial, tampoco reconocen limitaciones éticas. Se compra y se vende, como dice Sandel, lo que más conviene y mientras sea conveniente: Parte del atractivo de los mercados estriba en que no emiten juicios sobre las preferencias que satisfacen. No se preguntan si ciertas maneras de valorar bienes son más nobles o más dignas que otras. Si alguien está dispuesto a pagar por sexo o por un riñón y un adulto consiente en vendérselo, la única pregunta que el economista se hace es: (Cuánto? Los mercados no reprueban nada(16).

Los motores predictivos son inmensas maquinarias cuya única finalidad es procesar datos que faciliten los negocios de las grandes corporaciones. No le agregan un ápice de felicidad al sujeto. Como bien señala Cathy O'Neil: El big data cuenta con muchos predicadores... Este libro va claramente en otra dirección, trata sobre el daño que infligen las ADM (Armas de Destrucción Matemática) y las injusticias que perpetúan... Todos estos ámbitos de nuestras vidas están cada vez más en manos de unos modelos secretos que blanden castigos arbitrarios. Bienvenidos al lado oscuro del big data(17).

IV. La comercialización en los tiempos modernos.

a) Presentación: La comercialización actual tiene características especiales que se fueron acentuando con el tiempo y que no van a retroceder. Veamos algunas de ellas:

b) La publicidad como causa eficiente de las relaciones de consumo.

Como acertadamente señalan Pizarro y Vallespinos, no hay relación jurídica que no esté motivada por un hecho generador: La obligación no nace por generación espontánea; su gestación requiere la presencia indispensable de una causa fuente, eficiente o generadora, que le dé vida. No hay, por lo tanto,

obligación sin causa fuente(18).

Entre la publicidad y las relaciones de consumo hay una relación tan estrecha que no es desatinado suponer que una es causa fundacional de la otra. De hecho, es virtualmente imposible hablar de sociedad de consumo sin examinar el intrincado y millonario universo de las publicidades.

La publicidad es la principal causa de casi todas las relaciones de consumo; en verdad, es bastante posible que ella sea el único motivo por el cual una persona decida, por ejemplo, que necesita cambiar el teléfono celular, que tanto le gusta y apenas está aprendiendo a usar, por otro que acaba de salir al mercado.

c) La publicidad selectiva y la inteligencia artificial (IA).

Otra de las principales características de la publicidad es que ella genera una relación directa entre unos pocos productores de ByS y millones de consumidores. Es, como explica Lorenzetti, una relación entrelazada por controles remotos y teclas de enter: Si el Derecho admite el salto tecnológico que implica una comunicación a distancia y por medios publicitarios, el enlace es derecho entre el fabricante y el consumidor. El fabricante ofrece sus productos a través de la televisión o de los diarios, o del marketing directo; en estos casos resulta obligado(19). Esta situación termina de describir un escenario de dos vías. Es afirmativo sostener que no hay manera de llegar a millones de personas si no es a través de las campañas publicitarias, pero tampoco es posible que un producto se imponga en el mercado sin la ayuda de esa tracción masiva que genera la publicidad.

En ese mismo orden de ideas, hay que destacar que la evolución tecnológica también ha modificado profundamente el mundo de las publicidades. Así, hemos pasado de la tradicional publicidad engañosa a otra forma de hacer anuncios que, sin dejar de ser engañosa, es mucho más sofisticada: la publicidad selectiva creada en base a algoritmos. Veamos.

Sin pretender agotar un tema tan complejo, todos sabemos que cada vez que navegamos por las cálidas aguas de internet dejamos toneladas de información acerca de nuestra vida (qué videos vemos, qué productos buscamos para comprar, qué música escuchamos, qué teléfonos celulares nos gustan más, etc.).

Lo cierto es que prácticamente no hay rincón de nuestra vida privada que no esté expuesto, de manera directa o indirecta en la red de redes; su Majestad Internet. Toda esa valiosa información (en términos económicos) es entrelazada y analizada por los anunciantes. Eso les permite crear perfiles de usuarios con determinadas preferencias o patrones de consumo; así comienza este nuevo capítulo de la publicidad: la publicidad selectiva, aquella que le permite al proveedor llegar personalmente al cliente más probable. Cathy O 'Neil explica: Internet ofrece a los anunciantes el mayor laboratorio de investigación de consumo y generación de oportunidades(20). El análisis de toda esta información hace posible conocer el perfil del cliente potencial del producto que se anuncia. En cuestión de horas (en lugar de meses), cada campaña puede concentrarse en los mensajes más efectivos y estar más cerca de alcanzar la brillante promesa de ...llegar al cliente potencial en el momento preciso..., dice O 'Neil para explicarnos en qué consiste y cómo se organiza la publicidad selectiva(21).

Cada anuncio que recibimos cuando navegamos es un señuelo que contiene, y al mismo tiempo busca, información que es permanentemente utilizada por los operadores del neuromarketing. Así, si leemos un anuncio o publicidad de una tarjeta de crédito, en cuestión de minutos (quizás segundos) nuestra casilla de correo se llenará de publicidades que ofrecen créditos y préstamos financieros de todo tipo y de todas las entidades; y si deseamos esa promoción, eliminando el correo sin abrirlo, los operadores también procesarán esa información negativa para seguir indagando sobre nuestro perfil.

La publicidad selectiva es, en términos metafóricos, un sistema carcelario de máxima seguridad en el cual los guardias del neuromarketing vigilan y controlan, con rigurosidad y detalle inverosímil, hasta el último movimiento que realizan los millones de consumidores reclusos en la infinita ergástula del consumo. En las actuales sociedades de consumo, y pese a que el derecho

insiste en postular que los actos jurídicos combinan el discernimiento y la intención de los sujetos (art. 260, CCyC), ni siquiera comer un cacho de pizza es una actividad del todo espontánea: Una pizzería, por ejemplo, podrá saber no solo que el cliente se encuentra en el barrio, sino también que probablemente le apetezca la misma pizza rellena ...que tomó la semana pasada durante el descanso del partido de fútbol... Su sistema le indicará además que es más probable que las personas cuyos datos siguen patrones similares a los de ese cliente hagan clic en el cupón de descuento durante la venta de veinte minutos que supone el descanso, nos dice Cathy O'Neil para explicarnos las reglas que impone la llamada publicidad selectiva(22).

d) La publicidad, la información y la educación.

La publicidad es el primer eslabón en la creación de expectativas. Como señalan Akerlof y Shiller, la publicidad convierte al mercado en un coto de caza donde se desarrolla la economía manipulativa(23). En esa misma línea de pensamiento, O'Neil no solo habla de un coto de caza, sino que describe cómo actúan los depredadores sobre las presas menos protegidas. Apenas el cazador detecta una debilidad inmediatamente ofrece una falsa solución de consumo: Allí donde encontremos la ignorancia combinada con una gran necesidad es muy probable ver anuncios depredadores. Si son personas preocupadas por su vida sexual, los anunciantes depredadores les prometerán Viagra..., o incluso extensiones de pene. Si la gente anda corta de dinero, recibirá un aluvión de ofertas de créditos rápidos con altos tipos de interés. Si el ordenador va lento, puede que sea un virus que le ha metido un anunciante depredador que después se ofrecerá para arreglárselo(24).

Todo esto nos debe llevar a reflexionar que el verdadero problema de las relaciones de consumo no está en la asimetría de la información que los proveedores les ocultan a los consumidores, sino en la enorme grieta que separa a las personas educadas de las personas ignorantes. El informe del Ministerio de Educación (2018) sobre las pruebas PISA da cuenta de la gravedad de la situación que describimos. Veamos, a modo de ejemplo, un resumen ilustrativo:

(a) Lectura: el 52% de los alumnos no desarrolla habilidades que les permita la comprensión de textos básicos que les fueron presentados(25);

(b) Matemática: casi el 70% de los evaluados no pudo elaborar estrategias para resolver problemas muy simples. Estos alumnos solo pueden resolver problemas en base a procedimientos rutinarios, instrucciones simples y utilizando información presente(26);

(c) Ciencia: el 53% de los estudiantes no tiene habilidades para acceder a conocimientos básicos para obtener una explicación científica adecuada. Este grupo de examinados no puede reconocer el problema que se busca resolver en un experimento simple(27).

Ello, sin contar que durante el año 2020 prácticamente no se dictaron más que unas pocas clases debido a la pandemia del coronavirus, situación que solo puede empeorar este panorama tan desolador.

Pensar el deber de informar, sin decir una sola palabra del estado actual de la educación de nuestro país nos resulta, por momentos, enojoso. Es que, atosigar con información a quien se sabe que no la entiende es una burla o un plan deliberado. En verdad, es ambas cosas. La educación sigue siendo la herramienta más temida de los proveedores; pero también le temen a la educación ciudadana los gobiernos populistas de cualquier signo.

Es imprescindible no caer en la trampa de confundir información con educación. Se sigue abrumando, con toneladas de información, a personas que carecen de educación suficiente para descifrarla. Esa estrategia, que finalmente beneficia al sector de los proveedores, tiene un único resultado: esteriliza la información ofrecida. Sin embargo, debe decirse que la falta de educación no engendra la responsabilidad de los empresarios, sino la del Estado que debe organizar sistemas educativos públicos, gratuitos y de excelencia. -Qué lejos estamos de esa meta!.

Pero, volvamos a publicidad; es decir, la contracara de la educación y de la información. Nuevamente nos inspira Alterini cuando afirma que la publicidad

es aún más importante que el producto publicitado. Lo que se percibe no son las calidades intrínsecas del producto, sino las imágenes asociadas a ese producto. La calidad, dice el citado autor, 'no reside en lo que el producto es, sino en lo que hace y sugiere la publicidad'(28).

Debe entenderse que la publicidad es uno de los eslabones más importantes para construir la noción responsabilidad. Esta idea se justifica en el hecho innegable de que las publicidades, como motor de impulso del marketing, se erigen como el gran instrumento del relato de un producto. Las sofisticadas y atractivas campañas publicitarias son las grandes creadoras de expectativas y fascinación en los consumidores. Debido a su potencialidad dañosa, sostenemos que las expectativas defraudadas constituyen un factor de atribución de responsabilidad. En ese esquema, es obvio que las publicidades ocupan un lugar preponderante en el sistema legal de responsabilidad.

Como bien sostiene Lorenzetti, debemos poner más atención en la publicidad que, en definitiva, es lo que actúa como sostén de la oferta de bienes. Cabe recordar que, como ya dijimos, el acto de consumo gira alrededor de las ofertas que propone el mercado y no sobre las demandas de los consumidores. Por lo tanto, lo primero que hay que controlar no es la negociación contractual entre las partes, sino la generación de la oferta de ByS.

Lorenzetti, en coincidencia con esta idea, postula que: El problema es regular la oferta, la publicidad y la información, antes que la negociación... El bien jurídico tutelado es la confianza del consumidor en la oferta pública que hace el empresario, y no la negociación competitiva(29).

La Profesora O'Neil, que ya hemos citado varias veces, presenta un espantoso ejemplo de cómo cazan los depredadores en las sociedades de consumo moderno. El caso trata de una de las tantas universidades privadas de escaso prestigio y bajos aranceles que hay en Estados Unidos. Estas escuelas, que son sumamente lucrativas, están especialmente diseñadas para sacarle plata a las clases sociales más empobrecidas con la promesa de una salida laboral soñada, pero falsa(30).

Las universidades Low Cost dirigen cuidadosa y cruelmente la publicidad selectiva que realizan; los reclutadores deben orientar las publicidades selectivas a: Madres con hijos que reciban asistencia social. Mujeres embarazadas. Personas recién divorciadas. Personas con poca autoestima. Personas con bajos sueldos. Personas que hayan sufrido una muerte reciente. Personas que hayan sufrido abusos físicos o mentales. Personas que hayan estado recientemente en prisión. Personas rehabilitadas por drogodependencia. Personas con trabajos sin salida. Personas sin futuro(31). Por supuesto que el negocio de estas escuelas no es brindar educación lucrativa, sino dar créditos a tasas de interés más elevadas, bajo la promesa de ofrecer un porvenir a quien cree no tenerlo.

El desamparo y la ignorancia siguen siendo las dos trampas más letales del consumo salvaje; ninguno de estos flagelos sociales se arregla dando más información a consumidores incapaces de entenderla. No deja de asombrarnos la insistencia política, pero también del mundo académico, con la que se promueven nuevas leyes que prometen soluciones mágicas sin decir una palabra acerca de la pésima educación pública que reciben los niños y los jóvenes de este desvencijado país.

Hasta que no entendamos que la solución no pasa por obligar más a los proveedores, sino por educar mejor a los consumidores no se lograrán avances significativos en ninguna actividad social. El consumo, en definitiva, es parte de una agenda política antes que una unidad del derecho civil o comercial. Desgraciadamente, estamos a años luz de entender esta realidad.

e) Neuromarketing.

Emparentado con el fenómeno de la publicidad y con la comercialización masiva aparece una rama emergente de la neurociencia conocida con el nombre neuromarketing.

El neuromarketing estudia, al igual que la neurociencia, el cerebro humano,

o, mejor dicho, la actividad cerebral que los humanos desarrollan. Su finalidad es, como señala Nick Lee (Profesor de Marketing para Aston Business School) entender, explicar, y fundamentalmente, pronosticar con algún grado de certeza el comportamiento individual, grupal e institucional relevantes para los mercados(32).

Esta técnica comercial es utilizada por los proveedores para estudiar los estímulos que motivan a los consumidores al momento de tomar sus decisiones de consumo. Como apunta Waldo Sobrino: Una de las quimeras del neuromarketing... es encontrar el imaginario botón de compra que tendrían los cerebros de los consumidores, en virtud del cual, en caso de descubrirse, sería mucho más fácil la venta de productos y servicios(33).

En ese orden de ideas, no es temerario afirmar el uso de técnicas de neuromarketing fragiliza la decisión de los consumidores quienes, artificialmente estimulados, pueden realizar una compra impulsiva sin el discernimiento que prescribe el art. 260 del CCyC.

El citado autor, trae como ejemplo la estrategia diseñada por la cafetería Starbucks. Ella consiste en aromatizar sus locales con el perfume de un café exquisito para que los consumidores sientan ese olor. En definitiva, el aroma que los clientes huelen en Starbucks es más rico que el café que compran en esa gigantesca cadena comercial. También se pueden mencionar los ejemplos de Starbucks, donde para brindar un ambiente más agradable y relajado, se aromatizan los locales con olores de exquisito café; o como Rolls Royce, donde cada vez que se lleva el automóvil a una reparación le agregan artificialmente olores de madera y cuero, para que el cliente tenga la misma sensación inconsciente de cuando se subió al automóvil y se subió por primera vez(34).

El neuromarketing es una técnica que, actuando en forma limítrofe con la manipulación ilícita, procura orientar emocionalmente ((manipular?) al consumidor para que tome la decisión ((voluntaria?) de adquirir un producto.

Para lograr esa manipulación, primero se debe conocer qué estímulos tienen más resonancia en el sistema subconsciente y luego diseñar publicidades que impacten sobre el impulso de consumir. Como ya puede anticiparse, el acto impulsivo de consumo tiene muy poco que ver con el discernimiento del acto jurídico: hace años que venimos sosteniendo que el derecho marcha de espaldas a la ciencia.

El científico argentino Estanislao Bachrach enseña, en forma muy didáctica, que muchos avisos publicitarios contienen, ya sea en forma velada o más expuesta, recompensas placenteras que solo se concretan con la compra del producto. Esas promesas, que liberan una sustancia denominada dopamina, ponen en marcha el imparable mecanismo de la tentación: Muchos estudios muestran que cuando se libera la promesa de una recompensa, nos volvemos más susceptibles a todo tipo de tentaciones, muchas de las cuales disparan malos hábitos. Altos niveles de dopamina amplifican lo atractivo de la gratificación inmediata preocupándote menos por las consecuencias a largo plazo(35). Bachrach agrega que ese mismo estímulo de dopamina activa, simultáneamente, la sensación de ansiedad o estrés ante la evitación.

Ese estímulo cerebral actúa, entonces, en dos direcciones. Por un lado, nos impulsa a realizar una compra y, por el otro, nos provoca una cierta angustia que solo puede calmarse con la compra: -jaque mate!: El sistema de recompensa tiene una segunda arma secreta: no solo envía dopamina para que actúes en busca de esa recompensa, sino que además les indica a áreas particulares del cerebro que secretes hormonas de estrés. Esto hace que te sientas ansioso... mientras te anticipas a tu objeto de deseo. La necesidad de obtener eso que querés se convierte en una sensación de emergencia, de vida o muerte(36).

A partir de estímulos cerebrales, fácilmente manipulables con avisos publicitarios, se puede activar el deseo de consumir (tentación) y la ansiedad que genera la evitación del consumo. En ese coctel fatal de tentaciones y frustraciones bucea el neuromarketing.

Ya no es un secreto que las decisiones de consumo se toman en base a impulsos emocionales antes que a la elaboración de información racional. Más aún: los

estudios científicos más avanzados indican que somos relativamente incapaces de tomar decisiones racionales. Facundo Manes explica bien este punto: La evidencia científica indica que decidimos, básicamente, con las emociones. Investigaciones recientes demuestran que la toma de decisiones es un proceso que depende de áreas cerebrales involucradas en el control de las emociones(37).

Dicho en sentido inverso y quizás más claro para nuestros lectores que provienen de la abogacía: cuando una publicidad logra controlar el sistema emocional está a un paso de manipular nuestras decisiones.

f) Los sistemas comerciales remotos. Otra característica de los sistemas comerciales actuales es la complejidad de su armado. El consumo de nuestros días hace tiempo que dejó de ser un paseo por la tienda donde solíamos ir a ver y tocar los productos ofrecidos.

En aquellos días, la tentación se activaba recién cuando veíamos el producto en una vidriera que parecía especialmente armada para darnos la bienvenida al local. De esos días, amable lector, solo queda su espuma y el neblinoso relato que nos ofrece la nostalgia.

Los sistemas comerciales modernos son un poco más complejos. En primer lugar, es habitual que compremos a ciegas sin ver ni tocar ni probar el producto que vamos a comprar. Ya ni siquiera es necesario apretar una tecla de la computadora; alcanza con deslizar el dedo índice por la pantalla de nuestro Smartphone.

En efecto; todo se compra 'online, mediante dispositivos móviles que, de a poco, desplazaron primero a la computadora y luego también a las notebooks. El último muestreo estadístico realizado por la Cámara Argentina de Comercio Electrónico (2019) indica que cerca del 45% de los usuarios accede a los portales de compra usando exclusivamente teléfonos celulares(38).

La mudanza de las computadoras a los teléfonos resultó ser determinante para el desarrollo de las relaciones de consumo. Ya no es necesario estar sentado frente a una computadora para consumir, sino que podemos hacerlo en el subte, si conseguimos suficiente lugar para respirar y que nuestros dedos digitalizados se deslicen por la pantalla hasta ingresar al shopping más grande del mundo. En nuestros días, para bien o para mal, es posible comprar un magnífico automóvil convertible de U\$ 150.000 en el tiempo que demora el tren en llegar de una estación a la otra...

La tendencia hacia el consumo electrónico se incrementa año tras año a tasas que rondan el 50% interanual; ese crecimiento, que no reconoce ni recesiones ni crisis económicas, demuestra que estos sistemas comerciales, a pesar de ser sofisticados y levemente misteriosos, tienen una indiscutible difusión popular. Como dice Lorenzetti, es un sistema complejo que, al mismo tiempo, genera confianza(39).

No es difícil pronosticar que dentro de poco la comercialización online va a dominar completamente el tráfico de bienes y servicios. Según datos estadísticos confiables, realizados en el año 2019, el 99 % de los usuarios de sistemas de compras online están muy satisfechos con sus resultados, destacando la comodidad, los mejores precios y la mayor cantidad de ofertas existentes en estos verdaderos shoppings digitales. Dicho de otro modo: todos confían en ese sistema comercial por más remoto y complejo que sea(40).

g) La generación de confianza.

Los sistemas comerciales electrónicos buscan generar confianza en la calidad y en la seguridad de los productos que ofrecen. Y esa meta, conforme lo vimos en párrafo que precede, ha sido ampliamente alcanzada. Esa confianza es esencial porque actúa como el lubricante del aparato comercial moderno(41). Ello explica que el mayor esfuerzo de las campañas publicitarias apunte a crear una apariencia de seguridad que produce confianza en el usuario.

No es arriesgado sostener, en coincidencia con Lorenzetti, que la comercialización actual no se define por el intercambio de bienes y servicios,

sino por la creación de una apariencia de seguridad y por la confianza que se tributa a esa ilusión: Por esta razón sostenemos que en el plano conceptual es necesario utilizar la noción de apariencia jurídica para sostener que hay oferta contractual de bienes o servicios, y la confianza para juzgar la aceptación(42). Dicho en otras palabras: entre apariencias sofisticadas y confianzas ingenuas circulan millones de dólares por segundo. Veamos con atención este informe estadístico: En 2017 se hicieron 60 millones de pedidos online en sitios nacionales, a un ritmo promedio de 114 por minuto o 2 por segundo. Fueron un 28% más que el año anterior. Con esas órdenes, se compraron 96 millones de productos, a razón de 263.000 por día(43).

Dan Ariely estudió este fenómeno con mayor profundidad. Así, este experto en la psicología cognitiva, llegó a la conclusión, científicamente probada por innumerables experimentos, que el éxito de las grandes marcas (Coca-Cola, Nike, Ray Ban, etc.) se debe a que ellas concitan una mayor confianza de su clientela. Esa confianza ganada, automáticamente aumenta las expectativas que los consumidores tienen con relación a todos los productos de esas marcas. La mágica, y un poco fraudulenta, combinación entre confianza y expectativas produce un resultado menos mágico y más planificado: el mayor precio que estamos dispuestos a pagar por salir a correr con las últimas 'nike'.

Uno de los experimentos que presenta Ariely trata sobre lentes para sol: En un reciente estudio sobre marcas, se pidió a algunas personas... que probasen algunos productos, unos con la marca bien visible y otros sin ella. Los participantes se creyeron realmente que las gafas de sol de marca conocida filtraban más la luz que las otras... En estos experimentos, todos los productos eran idénticos, solo que a unos se les había puesto una marca conocida y a otros no. Así es: una simple etiqueta tenía un impacto real en la utilidad percibida de cada producto(44).

Nótese que la reflexión termina afirmando que, por más que los productos sean iguales, la marca de uno de ellos ejerce sobre nosotros un impacto real. Esto significa, ni más ni menos, que ese malentendido marcario provoca percepciones reales: ...las marcas no solo hacen que la gente afirme que disfruten más de las cosas, sino que hacen que realmente las disfruten más(45). Las marcas nos domesticar a tal punto que nos volvemos devotos de ellas; en otro experimento, se comprobó que quien repite la compra de una marca determinada, está dispuesto a pagar más por ese producto que los clientes primerizos. Esta prueba es de suma importancia en el rubro automotor: Dick Wittink y Rahul Guha demostraron que, efectivamente, los que compran un nuevo coche de la misma marca que el que tenían están dispuestos a pagar más que los que compran esa marca de coche por primera vez(46).

En siguiente acápite se desarrollan más ejemplos de esta notable tendencia que nos permite sacar una primera conclusión: los precios no los regula un organismo público, sino quien logra estimular ((manipular?) nuestra mente oculta y nuestras percepciones de lo real.

V. La confianza explicada a partir de las neurociencias.

a) Presentación.

Las neurociencias ponen particular atención en la generación de confianza como motor del consumo. Para ello, explican que la confianza no es una energía que irradian los productos, sino que se trata de una sensación intangible que nace y crece en el cerebro.

Por ejemplo; hablemos de Coca-Cola. Lo más importante de la gaseosa más famosa del Planeta Tierra no es la indiscutible calidad de su líquido dulzón y lleno de gas, ni sus botellas que cada tanto cambian de diseño, sino conocer la herramienta neurológica que hace que masivamente elijamos ese producto con independencia. Dicho de otro modo: la masiva preferencia que la especie humana tiene por la Coca-Cola está más asociada al logo de la marca que a la bebida misma.

La marca crea, en la mente oculta de los consumidores, un contexto de confianza, optimismo tan grande que por más que la Coca Cola nos guste menos que otras gaseosas, cada vez que vamos al supermercado elegimos esa gaseosa y desechamos las otras.

En otro ejemplo, que también habla de la confianza relacionada con la creación de contextos, Ariely afirma que, si un eximio violinista se disfrazara de mendigo para tocar sus partituras en el subte y luego pasara la gorra, al final de día apenas habrá juntado unas monedas para comprar lo indispensable. Sin embargo, esa misma noche, en el magnífico Ópera de París, las personas que a la mañana arrojaron sus monedas al mendigo estarán sentadas en la primera fila, luego de pagar cientos de dólares para escuchar a un violinista de mucho menos talento que el simulacro de andrajoso que vieron en el subte(47).

b) El desafío Pepsi.

Para mostrar cómo funciona la generación de confianza en el consumo masivo de ByS, vamos a recordar una famosa campaña publicitaria llevada adelante por la empresa Pepsi- Cola.

Cuenta la crónica, que durante la década de los 80' del siglo pasado Pepsi Cola, probablemente harta del indiscutible liderazgo de su archirrival Coca-Cola, emprendió una fenomenal campaña publicitaria a partir de una muestra estadística real. Ese experimento, que fue elaborado con datos estadísticos reales, pero sesgados, es mundialmente conocido como 'El desafío Pepsi'.

La prueba consistía en demostrar en la calle que los consumidores preferían la Pepsi antes que la Coca, pero que ni siquiera ellos se daban cuenta de esta preferencia. La muestra era muy sencilla de implementar, pero, sin embargo, demandó grandes esfuerzos financieros porque fue realizada simultáneamente en los cinco continentes. Así, en cada ciudad importante del mundo se montaba una mesa con dos jarras anónimas que contenían las gaseosas rivales. Cada participante debía probar un sorbo de cada jarra, sin saber la marca del elixir que tomaba, y luego elegir cual le había gustado más.

La muestra, finalmente, confirmó los pronósticos más alentadores de los gerentes de Pepsi Cola: dos de cada tres participantes elegían Pepsi. Luego del éxito del experimento, la empresa puso en marcha una campaña publicitaria multimillonaria para destronar a Coca-Cola. Sin embargo, para desilusión de los mismos gerentes que poco antes se embriagaban a cuenta de triunfos soñados, nada cambió en la decisión de los consumidores ni en los dividendos de la compañía triunfante: los consumidores, aun sabiendo que les gustaba más la Pepsi, seguían comprando Coca.

Tiempo después, los estudiosos de las neurociencias examinaron con mucha atención este experimento de resultado tan particular. Aún hoy resulta difícil explicar por qué una persona compra una gaseosa, aun sabiendo que le gusta menos que la que deja abandonada en la góndola. Por algún motivo, perdido en el inconsciente de cada individuo, la marca Coca-Cola prevalece sobre la insignia de Pepsi-Cola. Lo único que se sabe con certeza es que el truco no está en el sabor del líquido, sino en lo que cada una de estas marcas representa para cada consumidor.

Siguiendo el pensamiento de Dan Ariely, no nos parece demasiado audaz afirmar que las presentaciones publicitarias, sobre todo las que realizan las grandes marcas, es lo que determina el aumento del consumo. No es lo mismo, por ejemplo, ofrecer un cuarto pollo grillé con guarnición de ensalada mixta, que presentar un exquisito pollo ecológico asado con exóticas hierbas y vegetales vaporizados, acompañado por delicados tomates cherry y hojas de rúcula salvaje. Las expectativas que generan en los comensales estas dos presentaciones, por más que en esencia sean lo mismo (cuarto pollo con papitas al horno) son muy diferentes. Como dice Ariely: Aunque no hay forma de saber si la comida de Sensaciones Culinarias es mejor que la de La Cocina de Josefina, la mera retórica de la descripción de los platos puede llevarnos a esperar algo más que una simple pechuga de pollo y una ensalada de tomate y queso de cabra. Ello, en consecuencia, incrementa también la posibilidad de que nosotros o nuestros invitados, si les damos la descripción de los platos, nos deshagamos en alabanzas sobre ellos(48).

Pero volvamos al desafío Pepsi. El gran misterio del experimento consistió en que fue hecho a ciegas. Los participantes no sabían cuál era la gaseosa que estaban tomando, porque solamente veían dos jarras anónimas. Cuando la misma muestra fue realizada en forma abierta, es decir teniendo a la vista las

verdaderas botellas de cada gaseosa, los resultados se dieron vuelta como si la muestra fuera reversible. Dicho en forma más directa: cuando la gente solo contaba con la información de su gusto elegía Pepsi Cola, pero cuando debía optar entre las dos marcas Coca Cola era la más preferida. Al parecer, la marca Coca-Cola es más rica que la marca Pepsi.

Posteriormente se realizó otro experimento científico, pero sin ninguna finalidad comercial. Para ello, se utilizó una especie de scaneador cerebral, que es un aparato que muestra gráficos representativos de la actividad del cerebro. Gracias a ese estudio de resonancia magnética funcional (RMF) se pudo examinar las distintas reacciones cerebrales de los participantes cuando tomaban un vaso de Coca y un vaso de Pepsi.

El ensayo se dividió en dos partes. En la primera, se comunicaba qué líquido estaban tomando y en la segunda, la cata era a ciegas. Es decir, se evaluó la actividad cerebral de los participantes cuando sabían que estaban tomando una u otra marca y también cuando ignoraban esa circunstancia. Este es el resultado del examen: Cada vez que una persona recibía un chorro de Coca-Cola o Pepsi, se estimulaba el centro cerebral asociado a los sentimientos fuertes de conexión emocional, denominado corteza prefrontal ventromedial... Pero cuando los participantes sabían que el chorro era de Coca-Cola ocurría algo más. Esta vez se activaba también el área frontal del cerebro... relacionada con las funciones cerebrales humanas superiores como la memoria temporal, las asociaciones y las cogniciones e ideas del orden superior. A decir verdad, ello también ocurría con la Pepsi; pero aun mucho más con la Coca-Cola (y naturalmente, la respuesta era mucho mayor en las personas que tenían mayor preferencia por esta última) (49).

c) Relato mata calidad.

En resumen, las victorias interminables de Coca-Cola se deben a que sus mensajes publicitarios estimulan, mejor que sus competidores, una actividad cerebral de los consumidores. Lo sorprendente, al menos para nosotros, no fue entender que las marcas y sus publicidades son determinantes para incrementar las ventas, sino comprobar que las bebidas, analizadas en sí mismas, no ejercieron una influencia determinante en su elección.

De acuerdo a lo que hemos visto hasta acá, es posible concluir que los sabores de una y otra gaseosa son irrelevantes para definir las preferencias de los consumidores. Por lo tanto, no sería inapropiado inaugurar un nuevo slogan popular cuyo enunciado sería relato mata calidad. Sin embargo, antes de arriesgar semejante afirmación, es conveniente prestar un poco de atención al siguiente tópico de este breve ensayo.

d) Lo real de las percepciones.

Los experimentos que hemos presentado nos pueden llevar a concluir, apresuradamente, que nuestras percepciones nos engañan y nos hacen creer, falsamente, que una gaseosa es más rica que otra, o que un par de anteojos filtra mejor la luz solar que su rival, o que una aspirina tiene efectos analgésicos superiores a otra más económica. Todo eso es, en parte, cierto. Es decir, en parte, las percepciones nublan la realidad. Sin embargo, esa verdad sesgada, por una o varias cuestiones, no impide que también sea cierto que nuestras expectativas y nuestras percepciones modifican realmente el mundo. En determinados contextos, el peso de nuestras expectativas se impone a la realidad y la modifica.

En un experimento se muestra como un grupo de personas, divididas en dos grupos, se dispone a realizar una prueba de concentración mental. La prueba consistía en resolver algunos problemas de distinta complejidad. Como parte del experimento, se le entregaba a cada participante una botella de bebida energizante. Los dos grupos recibieron el mismo líquido, pero a uno se le dio la botella sola y al otro se le entregó, además de la bebida, un folleto explicativo de las 'virtudes medicinales del líquido y sus efectos positivos para incrementar los niveles de concentración mental'. Los resultados demostraron que las personas que habían recibido la bebida junto con el folleto habían resuelto los problemas con mayor precisión que las personas que

solamente habían tomado el líquido sin recibir la información (ficticia) acerca de sus propiedades medicinales. Dicho de otro modo, la reputación de ...como ayuda a resolución de problemas hizo que los voluntarios creasen la expectativa de que beberla incrementaría su rendimiento mental y esa expectativa condujo a un incremento de su rendimiento, señala Ariely y Kreisler a modo de resumen del experimento(50).

En este caso, el refrán debería enunciar la verdad opuesta al anterior: - percepción mata realidad!.

VI. Terminaciones.

En atención a la extensión de este artículo, pensamos que es oportuno concluirlo sumariando los aspectos que consideramos más relevantes:

a) Las actuales sociedades de consumo son organizaciones pensadas para satisfacer la rentabilidad de las corporaciones antes que la dicha de los individuos.

b) El consumo por oferta es una de las principales características negativas de las actuales sociedades de consumo.

c) La existencia de un producto está completamente subordinada a la renta que genera una vez que se pone en funcionamiento la maquinaria comercial. En sumario: el objeto terminativo de los mercados es la acumulación de riqueza y no la dicha de los individuos.

d) Los avances de la Inteligencia Artificial (IA) nos permiten suponer que las relaciones de consumo cada vez están más subordinadas por la creación de complejos algoritmos predictivos. Esto equivale a decir que buena parte de nuestras vidas quedó en manos de un sofisticado entrecruzamiento de datos estadísticos que nunca vamos a llegar a comprender.

e) La evolución tecnológica también ha modificado profundamente el mundo de las publicidades. Así, hemos pasado de la tradicional publicidad engañosa a otra forma de hacer anuncios que, sin dejar de ser engañosa, es mucho más sofisticada: la publicidad selectiva creada en base a algoritmos.

f) El verdadero problema de las relaciones de consumo no está en la asimetría de la información que los proveedores les ocultan a los consumidores, sino en la enorme grieta que separa a las personas educadas de las personas ignorantes.

g) El desamparo y la ignorancia siguen siendo las dos trampas más letales del consumo salvaje. Ninguno de estos flagelos sociales se arregla dando más información a consumidores incapaces de entenderla.

h) El neuromarketing estudia, al igual que la neurociencia, el cerebro humano o, mejor dicho, la actividad cerebral que los humanos desarrollan. Su finalidad es entender, explicar, y fundamentalmente, pronosticar con algún grado de certeza el comportamiento individual, grupal e institucional relevantes para los mercados.

i) El uso de técnicas de neuromarketing fragiliza la decisión de los consumidores quienes, artificialmente estimulados, pueden realizar una compra impulsiva sin el discernimiento que prescribe el art. 260 del CCyC.

j) La tendencia hacia el consumo electrónico se incrementa año tras año a tasas que rondan el 50% interanual; ese crecimiento, que no reconoce ni recesiones ni crisis económicas, demuestra que estos sistemas comerciales, a pesar de ser sofisticados y levemente misteriosos, tienen una indiscutible difusión popular.

k) La comercialización actual no se define por el intercambio de bienes y servicios, sino por la creación de una apariencia de seguridad y por la confianza que se tributa a esa ilusión.

L) Las neurociencias ponen particular atención en la generación de confianza como motor del consumo. Para ello, explican que la confianza no es una energía que irradian los productos, sino que se trata de una sensación intangible que nace y crece en el cerebro.

m) En determinados contextos, el peso de nuestras expectativas se impone a la realidad y la modifica.

Notas al pie:

1) Fernando Shina, Doctor en Ciencias Jurídica, Pontificia Universidad Católica Argentina.

2) Akerlof, George, A. - Shiller, Robert, J., La economía de la manipulación, ...p. 111.

3) No estaba muy claro que fuese más cómodo ni que quedase mejor en su despacho, y desde luego no parecía que mereciese la pena pagar diez veces más por él. Pese a ello, Dan acabó comprando el más caro, y desde entonces todos los que entran en su despacho tienen problemas al agacharse para sentarse en él, y aún más al tener que hacer un gran esfuerzo para levantarse. (Ariely, Dan, Kreisler, Jeff, Iván Barbeiros García (Trad.), *Las trampas del dinero*, Barcelona, 2018, p. 273).

4) Martha Craven Nussbaum (Nueva York, 6 de mayo de 1947) es una filósofa estadounidense. Sus intereses se centran, en particular, en la filosofía antigua, la filosofía política, la filosofía del derecho y la ética. Es Profesora de las universidades de Brown, Harvard y Chicago. La mayoría de sus libros se encuentran traducidos al español. Entre ellos destacan, *Emociones políticas* y *El ocultamiento de lo humano*.

https://es.wikipedia.org/wiki/Martha_Nussbaum, fecha de captura: 11-06-2020.

5) Nussbaum, Martha, *Emociones Políticas*, (Trad.) Albino Santos Mosquera, Buenos Aires, Paidós, 2014, p. 147.

6) Sandel, Michael, *Lo que el dinero no puede comprar*, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Buenos Aires, Debate, 2013, p. 18.

7) Akerlof, George, A. - Shiller, Robert, J., *La economía de la manipulación*, Gustavo Teruel (Trad.), Buenos Aires, Paidós, 2016, p. 44.

8) (Alterini, Atilio Anibal, *El consumidor en la sociedad posmoderna*, Buenos Aires, La Ley, 1196-E, 818, RCyS 2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001).

9) Alterini, Atilio Anibal, *El consumidor en la sociedad posmoderna*, Buenos Aires, La Ley, 1196-E, 818, RCyS 2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001.

10) Sandel, Michael, *Lo que el dinero no puede comprar*, ., p. 15.

11) O 'Neil, Cathy, *Armas de destrucción matemática*, Violeta Arranz de la Torre (Trad.), Madrid, Captain Swing Libros, 2017, p. 20.

12) Las empresas, por ejemplo, utilizan cada vez más las calificaciones de solvencia crediticia para evaluar a los posibles candidatos. Se basan en la creencia de que las personas que pagan pronto sus facturas tienen más probabilidades de llegar puntualmente a su puesto de trabajo y cumplir las normas. Aunque en realidad hay muchas personas responsables y buenos trabajadores que tienen mala suerte y su calificación crediticia cae en picado... esta idea, de que una mala calificación crediticia está relacionada con un mal rendimiento en el trabajo hace que las personas que tienen una calificación más baja tengan menos probabilidades de encontrar trabajo. (O 'Neil, Cathy, *Armas de destrucción matemática...*, p.16).

13) O 'Neil, Cathy, *Armas de destrucción matemática...*, p.21.

14) El desempleo los empuja a la pobreza, lo que a su vez empeora aún más sus calificaciones de solvencia, con lo que les resulta aún más difícil encontrar trabajo. Es una espiral que se retroalimenta. Y las empresas nunca descubren cuántos buenos empleados han dejado de contratar por centrarse únicamente en las calificaciones crediticias. (O 'Neil, Cathy, *Armas de destrucción matemática...*, p.16).

15) O 'Neil, Cathy, *Armas de destrucción matemática...*, p.10.

16) Sandel, Michael, *Lo que el dinero no puede comprar...*, p. 21.

17) O 'Neil, Cathy, *Armas de destrucción matemática...*, p.23.

18) Pizarro - Vallespinos, *Manual de obligaciones*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2019, T° 1, p. 92.

19) Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores...*, p. 500.

20) O 'Neil, Cathy, *Armas de destrucción matemática...*, p.95.

21) O 'Neil, Cathy, *Armas de destrucción matemática...*, p.95.

22) O 'Neil, Cathy, *Armas de destrucción matemática...*, p. 87.

23) Akerlof -Shiller, *La economía de la manipulación...*, p. 111.

24) O 'Neil, Cathy, *Armas de destrucción matemática...*, p.89.

25) Argentina obtuvo un puntaje promedio en Lectura de 402 puntos. Los niveles de desempeño muestran que 47,9% de los estudiantes se encuentran en el nivel de desempeño 2 o mayor, demostrando que tienen, como mínimo, los conocimientos para la comprensión básica de las situaciones y un primer nivel de avance en las resoluciones de las situaciones que se les plantean. El restante 52,1% de los estudiantes se encuentra en el Nivel 1 o por debajo de éste, lo que implica que sólo han podido realizar las tareas más simples frente a los textos presentados, manteniéndose en el plano de los datos explícitos, los contextos familiares y las relaciones más sencillas entre información evidente. Argentina, PISA 2018, Informe de resultados, Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Nación, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pisa_2018_informe_de_resultad

os.pdf, fecha de captura: 29-07-2020).

26) El 69% de los estudiantes restante se encuentra en el Nivel 1 o por debajo de éste, lo que implica que sólo han podido resolver satisfactoriamente los problemas que requieren procedimientos rutinarios, siguiendo indicaciones simples y utilizando la información presente. (Argentina, PISA 2018, Informe de resultados, Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Nación,

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pisa_2018_informe_de_resultados.pdf, fecha de captura: 29-07-2020).

27) El restante 53,5% de los estudiantes se encuentra en el Nivel 1 o por debajo de éste, presentando condiciones para desarrollar un procedimiento científico sólo siguiendo instrucciones explícitas, reconocer patrones simples en los datos, reconocer términos científicos básicos y emplear conocimientos cotidianos para identificar fenómenos científicos simples.

Además, presentan dificultades para analizar los datos y reconocer la pregunta que busca responder un experimento simple y para identificar aquellas preguntas susceptibles de ser investigadas científicamente (Argentina, PISA 2018, Informe de resultados, Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Nación,

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pisa_2018_informe_de_resultados.pdf, fecha de captura: 29-07-2020).

28) En los hechos, "la publicidad es el producto", porque la gente lo adquiere "tal como lo percibe mediante la publicidad"; un producto "es ante todo su imagen", vale decir, "lo que millones de consumidores creen que es, o lo que asocian con ella", a lo cual se agrega que muchas veces "los productos se revisten de una diferencia aparente", que sólo proviene de que hay una "propiedad de la marca", que "no reside en lo que el producto es, sino en lo que hace y sugiere la publicidad...

(Alterini, Atilio Aníbal, El consumidor en la sociedad posmoderna, Buenos Aires, La Ley, 1196-E, 818, RCyS 2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001).

29) Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, Parte General, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, p. 841.

30) Pensemos en el caso del Corinthian College... En 2013 la Universidad con ánimo de lucro fue denunciada por el fiscal general del California por mentir sobre las tasas de contratación de los estudiantes después de licenciarse, cobrar de más a los estudiantes y utilizar . no autorizados en la publicidad depredadora para atraer a personas vulnerables. (O'Neil, Cathy, Armas de destrucción matemática..., p.89).

31) O'Neil, Cathy, Armas de destrucción matemática..., p.91.

32) More specifically, without entering the long and wideranging debate over the scope of marketing, marketing research in business schools is essentially about understanding, explaining, and predicting individual, group, and organisational behaviour relevant to markets Nick Lee, International Journal of Psychophysiology, 63, 2007, 199 -2004, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0167876006001073>, captura de pantalla, 22-03-2020.

33) Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial... p.204.

34) Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial... p.205.

35) Bachrach, Estanislao, En cambio... p. 379.

36) Bachrach, Estanislao, En cambio... p. 380.

37) Manes, Mauricio, Usar el cerebro, Buenos Aires, Planeta, 2019, p. 231.

38) Cace informa anual 2019, <https://www.cace.org.ar/estadisticas>, fecha captura 23-03-2020.

39) Este sistema es inextricable porque la complejidad técnica que presenta es abrumadora; es anónimo porque no se puede conocer al dueño ni al responsable. Sin embargo, el sistema genera fiabilidad a través de su funcionamiento reiterado, las marcas, el respaldo del Estado y otros símbolos. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores..., p. 70).

40) Cámara Argentina del Comercio Electrónico, <https://www.cace.org.ar/estadisticas>, fecha captura: 23-03-2019.

41) Es necesaria la confianza porque ésta se encuentra en la base del funcionamiento del sistema experto, inextricable, anónimo y es el lubricante de las relaciones sociales. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores., p. 71).

42) Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores..., p. 71.

- 43) https://www.clarin.com/sociedad/comercio-electronico-imparable-hacen-compras-segundo_0_HyQNF36uM.html, fecha de captura: 9-07-2019).
- 44) Ariely - Kreisler, Las trampas del dinero..., p. 243.
- 45) Ariely - Kreisler, Las trampas del dinero..., p. 243.
- 46) Ariely - Kreisler, Las trampas del dinero..., p. 243.
- 47) Ariely - Kreisler, Las trampas del dinero..., p. 247.
- 48) Ariely, Dan, Las trampas del deseo..., p.182.
- 49) Ariely, Dan, Las trampas del deseo..., p.185.
- 50) Ariely - Kreisler, Las trampas del dinero..., p. 244.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 4 DE AGOSTO DE 2020
:
Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.260*

Del discernimiento y la intención al acto jurídico impulsivo. El impacto de las neurociencias en la Teoría General del Acto Jurídico. El pensamiento de Daniel Kahneman

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 6 DE NOVIEMBRE DE 2019

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INFORMACION AL CONSUMIDOR-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-ARREPENTIMIENTO-RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR

TEXTO

I) Introducción.

El recorrido de las neurociencias aplicadas al derecho tiene un punto de partida indiscutido: Daniel Kahneman. En otros trabajos nos hemos ocupado de este autor que marca un antes y un después en el estudio de estos tópicos (2).

Lo que más destaca en Kahneman es su capacidad de hacer asombrosamente fácil de entender los temas más complejos. Este autor, básicamente, sostiene que nuestra capacidad intelectual reposa sobre una organización bicéfala de dos sistemas que atienden distintas actividades. Por decirlo de una manera sencilla: nuestra organización mental tiene dos autoridades; una es más racional y la otra es más impulsiva.

II) Los dos sistemas que organizan nuestra mente.

En primer lugar, existe en nuestra mente lo que Kahneman denomina el Sistema 1, que es intuitivo y subordinado a reglas más emocionales que racionales. En segundo lugar, existe un Sistema 2 que es racional y reflexivo y más apto para la toma de aquellas decisiones complejas que requieren más concentración.

El acto jurídico voluntario, como noción teórica que exige la concurrencia del discernimiento y la manifestación de una intención, es una típica operación del Sistema 2 en la teoría de Kahneman. Más aún, si un acto jurídico se llega a concretar por patrones más intuitivos que racionales lo más probable es que ese acto jurídico sea declarado nulo.

El Derecho, y también nosotros mismos, nos pensamos como sujetos más racionales que intuitivos, sobre todo a la hora de decidir cuestiones importantes, sean patrimoniales o de la vida familiar (3). Pero, mal que nos pese, el gran protagonista de nuestra vida es el Sistema 1, de impulsos automáticos y emociones poco racionales. De hecho, el Sistema 2, solo interviene cuando los excesos de la emoción y los impulsos nos llevan a cometer notorias imprudencias. Como dice Kahneman: Describo también las circunstancias en las que el Sistema 2 toma las riendas, anulando los irresponsables impulsos y asociaciones del Sistema 1 (4).

Esto nos permite afirmar que somos mucho más impulsivos y mucho menos racionales de lo que pensamos y, desgraciadamente, de lo que nuestro propio ordenamiento normativo piensa que somos (5). Como bien señala Sobrino: El Derecho ha creado para nosotros un 'realismo mágico legal' que no tiene demasiado apego a nuestra realidad (6).

La ciencia jurídica ha quedado tan a trasmano de los últimos estudios de la psicología conductual que nuestro Código Civil y Comercial, inaugurado entrando el siglo 21 define al acto voluntario como aquél integrado por el discernimiento, la intención y la libertad, elementos que deben concurrir simultáneamente porque la ausencia de cualquiera de ellos determina que acto no sea voluntario (7). Sin embargo, rara vez, si es que alguna, actuamos con el pleno y simultáneo ejercicio de esos tres atributos. Recordemos que el discernimiento es entendido por el Derecho como, la madurez intelectual para

razonar, comprender el acto y valorar sus consecuencias ... la aptitud de la persona para apreciar las consecuencias de sus acciones (8). La intención es definida por la doctrina como la conciencia exacta y la cabal comprensión del acto que se va a concretar (9). En general, los autores hablan de una idílica sincronización entre el discernimiento y la intención que se materializan al unísono en cada acto jurídico voluntario (10). A su turno, la doctrina define la libertad como una especie de elogio a la espontaneidad de las acciones que se eligen hacer o cuya realización se rechaza (11).

La jurisprudencia también marcha en esa dirección estableciendo como principio general y presunción legal el pleno discernimiento de los actos que damos (12). Ello, a pesar de que la ciencia informa que la mayoría de los actos que realizamos carecen de discernimiento y se materializan de manera impulsiva, automática, intuitiva. La racionalidad que tenemos disponible (que no abunda) solo entra a jugar cuando las situaciones se hacen más complejas y nos exigen poner en marcha nuestra concentración (13).

Esto significa, ni más ni menos, que aquello que el art. 260 del CCyC define como acto voluntario se parece más a una quimera jurídica que a una descripción relativa al quehacer humano. Este divorcio entre la realidad cotidiana y lo postulado por la ley nos indica, con bastante solvencia, que toda la teoría general del acto jurídico está equivocada en sus fundamentos porque parte de un principio general falso: los actos humanos son, básicamente, impulsivos y raramente discernidos.

De hecho, muy pocas veces utilizamos esos elementos internos de la conciencia (discernimiento, intención y libertad) sobre los cuales se organizó, no solamente la teoría general de los actos jurídicos, sino la de los contratos y también la de la responsabilidad. Como explica Kahneman, normalmente tomamos decisiones en base a intuiciones y deseos, siendo muy infrecuente que subordinemos nuestro deseo impulsivo a un proceso de discernimiento más complejo. Sin darnos cuenta, la mayoría de las veces nuestros deseos, que nacen de un impulso, terminan confundidos con las acciones que emprendemos 'voluntariamente'. Esa mecánica, propia de las decisiones que tomamos y de las acciones que tomamos, se repite porque, como explica Kahneman, el Sistema 1 actúa automáticamente y el Sistema 2, que es bastante perezoso, sólo se pone en funcionamiento cuando advierte algo notablemente infrecuente o amenazante (14).

Dicho de otro modo: normalmente el Sistema 2 convalida las intuiciones que parten del Sistema 1. La mayoría de las acciones que suponemos voluntarias no son más que un deseo impulsivo que fue convalidado por el sistema de control más racional que poseemos y que actúa con mucha pereza. Estos mecanismos mentales, que pueden parecer inquietantes, son la verdadera explicación de las acciones y las decisiones que tomamos incesantemente.

Antes de seguir adelante, nos permitimos un breve paréntesis. No es que somos inducidos a la comodidad por fuerzas exógenas, sino que aspiramos a esa comodidad cognitiva de manera natural. Es preciso, en primer lugar, entender que la búsqueda de esa forma de confort del intelecto no es una comodidad que merezca ponderación despectiva, sino que es parte de la naturaleza y humana. Algunos intelectuales de peso, como el Premio Nobel de Literatura Mario Vargas Llosa, le reprochan a la tecnología en general y a la internet en particular la mayor pereza intelectual del ser humano. En un artículo, publicado en el diario La Nación, el famoso escritor directamente culpa a la internet de quitarnos concentración y acentuar nuestra pereza intelectual (15).

Nosotros, sin embargo, creemos que el problema no está en internet, sino en lo que Kahneman explica respecto a la tendencia natural a economizar esfuerzos. En esa racionalización de energías se basa el predominio del Sistema 1 sobre la escasa actividad del Sistema 2.

Facundo Manes explica que el uso de la tecnología para aliviar el esfuerzo intelectual no es un indicio de mala salud, sino que ese ahorro nos permite administrar mejor la energía intelectual que tenemos (16).

Hay que ver a la tecnología como una magnífica herramienta que nos permite

ahorrar energía intelectual sin derrocharla en cosas que están a nuestro alcance con solo tocar la pantalla del teléfono. Tan simple como eso.

III) Las compras compulsivas y el arrepentimiento en el sistema legal argentino.

En trabajos anteriores hemos abordado la cuestión del consumo compulsivo desde otro punto de vista que ahora profundizamos a la luz de los nuevos estudios (17). Sin embargo, sería injusto soslayar que el sistema normativo actual ha diseñado herramientas jurídicas de protección que alivian el serio problema que constituye el consumo impulsivo. Para ello, tanto en la ley de defensa del consumidor, como en el Código Civil y Comercial, se legisló una figura muy particular conocida con el nombre de derecho al arrepentimiento que, en los hechos, actúa como un discernimiento retroactivo.

El derecho al arrepentimiento consiste en permitir que nos retractemos de una adquisición si luego de realizarla advertimos que actuamos en forma más impulsiva que reflexiva. Estas normas permiten que los consumidores decidan, luego de efectuada la compra, si quieren confirmarla o si deciden revocarla.

Así, el art. 34 de la ley 24.240 establece que cuando las compras fueron efectuadas fuera del establecimiento comercial (por medios electrónicos, por ejemplo) se concede al adquirente un plazo de 10 días para que revoque, sin expresión de causa, la contratación (18).

Como bien señala Enrique Pita, consiste en subordinar el consentimiento otorgado a una decisión posterior que todavía no conocemos. Este autor, señala otra cuestión de importancia: el derecho a revocar es irrenunciable porque su aplicación es imperativa (19). Las normas que estamos examinando se hacen cargo de esa doble disposición mental que describe Kahneman y proporcionan una solución acertada (20).

Además, debe señalarse como una circunstancia digna de mención que la doctrina nacional, prácticamente en forma unánime, ha recibido favorablemente esta herramienta de tutela. Ello a pesar de ser una norma sumamente disruptiva del régimen tradicional de los contratos porque privilegia la equidad a la seguridad jurídica. En el derecho de revocación, articulado en la ley de defensa del consumidor y en el Código Civil y Comercial constituye, el Derecho asume -como pocas veces lo hace - la existencia de un sujeto sorprendido y con un discernimiento debilitado.

Para nosotros, esta situación lejos de ser excepcional es la más frecuente en el comercio actual (21). El factor sorpresivo y la disminución de los atributos de la voluntad son la regla general con independencia de que la compra haya sido concretada dentro o fuera del establecimiento comercial.

No es una cuestión de lugares, sino de la estructura mental de los sujetos. En la forma que tenemos de consumir juegan algunas nociones de la psicología del comportamiento, tales como la tentación y el autocontrol. Veamos. El bien que se nos ofrece activa un placer inmediato que actúa como el motor de arranque de un impulso que prevalece sobre las elucubraciones racionales sobre la conveniencia o necesidad de efectuar la compra.

Richard Thaler explica que conviven en nosotros dos sujetos. Uno es un planificador racional que interroga sobre la necesidad y conveniencia de hacer un compra y el otro es un ser impulsivo que solo busca una satisfacción transitoria pero inmediata(22). Es decir, estamos habitados por dos fuerzas que nos ocasionan tensión: el deseo y su restricción. Las decisiones de autocontrol, que tienden a restringir un deseo, son muy difíciles de implementar: es habitual que evitemos lo razonable y sigamos al impulso. Cualquiera de nosotros puede comprobarlo recordando experiencias propias. Al momento de hacer una compra lo que menos deseamos es escuchar una razonable voz en off interrogándonos si la compra es conveniente o necesaria. Cuando estamos en el modo consumo, lo más probable es que bajemos el volumen de la razón hasta hacerlo inaudible.

El derecho de arrepentimiento es, en definitiva, una forma de intervención del Estado en las relaciones particulares; su finalidad es actuar como un mecanismo de autocontrol que refuerza la voluntad del sujeto consumidor. Es

oportuno recordar que los autores Thaler y Sunstein también se refieren, en términos positivos, a la intervención del Estado cuando ella es útil para incrementar el auto control frente a consumo impulsivo(23).

Otra cuestión importante para destacar es que si bien el derecho al arrepentimiento está limitado a las compras realizadas fuera de los establecimientos comerciales (art. 1110 CCyC y 34 LDC(24)) no pude soslayarse que ese tipo de operatoria comercial está cada más extendida. Dicho de otro modo: cada vez son menos las operaciones de consumo efectuadas en las tiendas del proveedor y cada vez son más las compras 'on line'. Dentro de muy poco, aquello que hoy llamamos contratación tradicional será un formato jurídico en extinción(25).

Según encuestas de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CAE), en la primera mitad del año 2019, la facturación por comercio electrónico aumentó un 56% respecto al mismo período del año anterior. En lo que va del año 2019 se han facturado bienes y servicios por un valor aproximado de \$ 160.000 millones(26).

Asimismo, la aceptación del consumo on line no deja de sorprendernos: en la actualidad, nueve de cada diez personas hizo, al menos, una compra on line y 7 de cada diez compró on line en el último año(27). La mayoría de las personas tiene opinión favorable respecto a las compras remotas, lo que asegura que el e-commerce seguirá avanzando sin ningún obstáculo.

Finalmente, hay otro dato que llama aun más la atención: más allá de los procesos inflacionarios, que tan frecuentemente castigan a nuestro país, la facturación diaria por compras on line aumentó más de un 20% entre el 2018 y el 2019. Ello indica que, a pesar de la fuerte recesión económica, el comercio electrónico sigue activo(28).

Todas estas estadísticas remarcan la importancia de las normas protectorias que hemos examinado. Cada vez habrá más consumos online y esa circunstancia acentúa la necesidad de que el sistema normativo ofrezca más y mejores soluciones para esta modalidad que, en poco tiempo más, va a desplazar a las compras tradicionales.

IV) La verdad como un fenómeno ilusorio.

Entre los muchos tópicos que trata Kahneman en Pensar rápido, pensar despacio, aparece uno que nos llama la atención. Se llama las Ilusiones de verdad. (IV) Este fenómeno es descripto por Kahneman como una técnica para lograr que enunciados falsos sean aceptados como si fueran verdaderos. Para ello, se trabaja sobre la apariencia de verosimilitud; es decir, sobre aquellas características del enunciado falso que permitan que sea percibido como verdadero. La clave está en disfrazar la formulación falsa con características verosímiles para evadir los controles racionales del Sistema 2.

Las falsedades bien armadas, casi siempre pasan el examen rápido y superficial del Sistema 1 porque se presentan como enunciados que son fáciles de comprender y que resultan familiares o parecidos a experiencias anteriores. Se trata de afirmaciones que, por tener esas características, no generan una tensión cognitiva y son aceptadas sin ser sometidas a una prueba de veracidad más exhaustiva. Ese enunciado que solo en apariencia es verdadero no podría pasar el examen más riguroso del Sistema 2. Es decir, para crear una ilusión de verdad exitosa la mentira debe ser lo suficientemente creíble para no levantar sospechas en el primer nivel del sistema cognitivo. Como explica Kahneman, el enunciado falso debe ser amigable y generar facilidad cognitiva(29).

Un método sencillo para crear IV consiste en rodear una mentira de otras mentiras que sean percibidas como notablemente más mentirosas. El truco consiste en esconder un enunciado falso entre otros que, por ser manifiestamente falsos, no podrían pasar ni siquiera el examen más superficial del Sistema 1. Los enunciados notablemente falsos (Un perro de tres patas) generan tensión cognitiva mientras que aquellos que son dudosos (Un pollo

cuadrúpedo) tienen más probabilidades de no activar los controles del Sistema 2. En resumen: si se rodea a un enunciado falso de otros que son manifiestamente falsos, el menos falso tiene más chances de ser percibido como verdadero. Veamos un ejemplo.

Si se debe elegir entre dos afirmaciones, una que dice El plazo para presentar determinada prueba judicial será de cinco días y otra que dice, El plazo para presentar determinada prueba judicial será de 13 días, la mayoría de los abogados elegirá la primera opción (sin consultar si es cierta) porque el plazo de cinco días le es familiar mientras que el de 13 días es absolutamente inusual en el sistema procesal que conocemos los abogados. Ello determina que, aun siendo falsas las dos alternativas, mayoritariamente se elija como verdadera a la primera que nos es más familiar, más amigable y más homogénea con nuestra experiencia procesal. Las informaciones que aparentan familiaridad pasan desapercibidas y no exigen el control más riguroso de nuestro aparato cognitivo.

Kahneman nos ofrece un ejemplo mucho más descriptivo que involucra a un supermercado que vende pollos de cuatro patas, que son verdaderos, y pollos de tres patas que son falsos. Por más que todos sepamos que el pollo tiene dos patas, es más creíble el pollo cuadrúpedo que el motorizado por tres patas. Ello se debe a que conocemos cientos de especies animales que caminan a cuatro patas, pero sabemos, hasta intuitivamente, que ninguna especie camina en tres patas. Así, el pollo trípodo genera incomodidad cognitiva y pone en alerta los mecanismos de control dispuestos por el Sistema 2 mientras que un pollo de cuatro patas, debido a su familiaridad con las especies cuadrúpedas, tiene más chances de pasar desapercibido(30).

La 'ilusión de verdad, entonces, describe cómo funcionan algunos de los mecanismos mentales que utilizamos para asignar valor de verdad o falsedad a distintas afirmaciones. La cuestión asume mayor importancia cuando debemos decidir rápidamente si la calidad de un producto anunciada en la publicidad es verdadera (al menos parcialmente) o si es deliberadamente falsa. La compra de un producto en gran medida depende de la eficacia de la IV expuesta en las publicidades que lo promociona. Ese es el motivo por el cual los grandes proveedores gastan fortunas en publicidades; todos saben que, sin la creación de una ilusión de verdad convincente, el producto no puede prevalecer en un mercado que es salvaje, no solamente para los consumidores sino para los proveedores que compiten entre sí.

La ilusión de verdad que describe Kahneman pone en evidencia que la información que recibimos de los proveedores puede ser suministrada en forma tal que genere un oasis distorsivo de la realidad. Hay técnicas específicas para lograr que un mensaje confuso, o directamente falso, sea recibido como si fuera verdadero. Una buena forma de crear una ilusión de verdad es enviar un mensaje sencillo de entender, fácil de recordar, escrito con letras claras y revestido con colores convocantes(31).

En un experimento, especialmente diseñado para comprobar cómo funcionan a gran escala estos fenómenos de la ilusión, se mostraban dos fechas que consignaban el año en el que murió Hitler. Las dos fechas anotadas eran falsas; sin embargo, una estaba escrita con letra más clara que la otra. Esta circunstancia resultó ser determinante para que la mayoría de las personas dijeran que la fecha escrita en forma más entendible era la verdadera. La claridad del texto y las letras utilizadas habían generado esa 'ilusión de verdad'.

Otra de las claves para generar IV consiste en que el mensaje sea fácil de recordar utilizando palabras pegadizas o frases que rimen. Eso explica el éxito y la larga duración de los aforismos. Decir al que madruga Dios lo ayuda, tiene un valor de verdad que supera cualquier otro intento de convencer a una persona para que se levante más temprano. En definitiva: los mensajes creíbles deben ser sencillos para que se comprendan sin requerir la intervención del Sistema 2(32).

V) Un caso real de ilusión de verdad: la Coca- Cola de las 149 calorías.

Ahora veamos cómo puede usarse este efecto para manipular nuestro

discernimiento en las relaciones de consumo. Para ello tomemos un ejemplo famoso, ocurrido en México en el año 2013, que tiene como protagonista a Coca-Cola.

En el transcurso de una campaña publicitaria, el gigante de las gaseosas presentaba un envase que promocionaba con la leyenda 149 calorías. Luego, el aviso ofrecía detalles de lo fácil que resultaba eliminar del cuerpo esas calorías con pocos ejercicios diarios, como andar en bicicleta o bailar con los amigos unos minutos. La campaña, como ocurre con todos los productos de la marca Coca-Cola se hizo rápidamente muy popular.

Durante la campaña, dos agencias federales de protección a los consumidores, (33) a instancia de una ONG, iniciaron un procedimiento administrativo que determinó que las 149 calorías que prometía el aviso publicitario se correspondían a un envase de 355 ml y no a la tradicional botella plástica de 600 ml. El envase más chico (el de la publicidad) era prácticamente desconocido por los consumidores mexicanos que, en su gran mayoría, consumen la gaseosa en su versión de 600 ml. Este último contenía 252 calorías.

El lector fácilmente puede advertir que la ilusión de verdad consistió en hacer pasar por verdadero que al tomar 600 ml. de gaseosa se ingresaban al organismo 149 calorías. Ese número clave era lo único que recordaban los consumidores que habían visto la propaganda miles de veces. La repetición del aviso era suficiente para evitar que el consumidor medio coteje la cantidad de líquido correspondiente a las 149 calorías prometidas(34). Es que, cotejar la cantidad de líquido ingerido con las calorías que ingresan al organismo supone una tensión cognitiva que no puede resolverse intuitivamente, sino que requiere la intervención más racional del Sistema 2.

El sistema cognitivo, luego de escuchar tantas veces la frase 149 calorías, se habitúa a ese dato y ya no se toma la molestia de chequear si la botella de Coca-Cola que toma diariamente es igual o más chica o más grande que la del anuncio publicitario. Los consumidores, acostumbrados al eslogan de las 149 calorías, universalizaron ese dato para aplicarlo a todos los envases de Coca-Cola.

Como explica Kahneman, una de las trampas más habituales para conseguir una ilusión de verdad consiste en familiarizar un dato para que sea aceptada como una verdad. Una vez que los consumidores se habitúan a escuchar '149 calorías' le asignan a ese dato un valor universal aplicable a todos los envases de la gaseosa(35).

No hace falta decir que la compañía sabía, casi con rigor matemático, que por cada cliente que advertiría la pequeña trampa cognitiva otros miles la pasarían por alto solamente para seguir pensando que es posible tomar mucha Coca-Cola ingresando pocas calorías al organismo. Se combinan en forma peligrosamente exitosa dos limitaciones humanas: la ilusión de verdad y el optimismo exagerado, y de esa mezcla se forma buena parte de la renta de las corporaciones más grandes del planeta. Los proveedores ofrecen lo que los consumidores quieren, sin considerar si eso que se pretende es verdadero, falso, posible o imposible.

El engaño se nutre con la voluntad de ser engañado o, para ser más condescendientes con el consumidor, con su dificultad para resistirlo. Es muy difícil luchar contra la tentación de una gaseosa que, además de ser adictivamente rica, es saludable. La clave es hacer creíble aquello que jamás podría ser creído; pero, esa operación requiere de la indispensable ayuda de la propia víctima. Para lograr ese efecto, no hay nada mejor que enviar un mensaje optimista como el que supone la posibilidad de comer mucho sin engordar. Las publicidades activan todo nuestro optimismo porque sus creativos saben que las reacciones alegres actúan como un relajante que nos hace más permeables a los engaños publicitarios(36).

Las grandes compañías estudian psicología conductual y neurociencias aplicadas. Es por eso, entre otras muchas razones, que pensamos que es necesario que estos nuevos conocimientos sean incluidos en nuestras escuelas de derecho.

VI) La ilusión de Verdad (IV) como forma dolosa. Su aplicación en nuestro ordenamiento normativo.

Los proveedores que comercializan masivamente bienes y/o servicios envían, en forma permanente, mensajes publicitarios que contienen ilusiones de verdad. El uso de estos mecanismos tan disimulados como ilegales está fuertemente impulsado por las nuevas tecnologías de la comunicación. La publicidad, no solamente induce a comprar un bien determinado desechando otro similar, sino que actúa creando la necesidad de consumir aquello que nos resulta innecesario. Lorenzetti, entre nuestros autores de prestigio, habla de una demanda creada por la publicidad y un consumo cautivo por la falta de opciones. En eso consiste, básicamente, el consumo por oferta de servicios que desplazó casi por completo al consumo por demanda(37).

Las publicidades engañosas o deliberadamente falsas repotencian la idea de dolo porque ocupan el lugar de la información.

Aída Kemelmajer, en otro de sus muy interesantes artículos, alude a la publicidad como la industria de la persuasión que funciona bajo el régimen de proporciones invertidas; así, cuanto menor sea la información disponible para los usuarios y consumidores, mayor será el poder persuasivo que sobre ellos ejerza la publicidad.

Esta afirmación contiene una conclusión que desgraciadamente es tan probable como pesimista. Veamos. Si la publicidad es imprescindible para el tráfico y, a su vez, la publicidad persuade mejor a personas peor informadas, no es difícil concluir que el tráfico de bienes y servicios prospera con la escasez de la información y la persuasión de las campañas publicitarias. Esto equivale a decir que una dosis de actividad dolosa tendiente a disimular lo verdadero, retaceando información, es esencial al comercio actual(38). En un sentido, que sabemos que es un poco simbólico pero que sospechamos que es bastante real, el comercio a gran escala involucra un sistema doloso que circula por dos vías; a saber: en el primer nivel, se esconde la información real y en el segundo, se persuade con falsedades publicitarias.

Lorenzetti explica cómo funciona esta frontera sensible que separa ilegalidad dolosa de la actividad empresarial lícita. Este autor explica que la información es un bien intangible, un valor que como tal es susceptible de apropiación, de protección legal y también de explotación comercial. Es decir: es lícito ser el propietario de información y es legal exigir protección legal para ese bien tan costoso(39). Conviene aclarar que Lorenzetti se refiere a relaciones de lealtad comercial entre empresas rivales del mercado y no a las relaciones que ellas establecen con los usuarios y consumidores. En este último caso, el autor señala que la información no puede retacearse (40).

Sin embargo, ese borde imaginario que separa relaciones de consumo de relaciones empresariales es demasiado impreciso. Piense el lector que aquello que se permite ocultar a la empresa competidora puede ser información neutra para el consumidor, pero también puede ocurrir que sea esencial para la clientela de ambos. Es que, en definitiva, las relaciones entre las empresas siempre terminan afectando a su clientela porque el objeto de toda acción comercial tiene un punto de convergencia excluyente: el sujeto que consume los bienes y servicios que le ofrecen los proveedores.

La existencia de esta línea tan incierta, entre el derecho a retener la información y la disimulación de lo verdadero que define al dolo (art. 271 CCyC), propicia la intervención del Estado como regulador de las relaciones de consumo. Como bien señala Aída Kemelmajer, sin esa intervención corremos serio peligro de que las publicidades determinen con su influencia los aspectos más íntimos de nuestra vida(41).

Para ir terminando este desarrollo, cabe agregar que el dolo de nuestros días se encuentra en un nivel primario que se relaciona con el volumen de información que el consumidor dispone antes de la celebración del contrato. Es por eso que pensamos que el efecto de crear ilusiones de verdad constituye un vicio que afecta la validez de los actos jurídicos. A estas alturas, nos parece evidente que no puede denominarse voluntario un acto jurídico que fue determinado por un oasis de verdad desbordado de ilusiones.

Una vez acreditado que la operación de consumo se concretó utilizando una IV, pensamos que deben aplicarse, prácticamente en forma automática, las indemnizaciones extraordinarias previstas en el actual art. 52 bis de la LDC. No es dudoso pensar que quien utiliza estas herramientas sabe que está engañando y que lo hace con la finalidad de obtener un mayor rédito.

VII) Nuestro aporte para posibles reformas legislativas.

Siguiendo los lineamientos del Código Civil y Comercial sería posible y necesario que una eventual reforma de la ley de defensa del consumidor incluyera a la 'ilusión de verdad' en el Capítulo referido a la responsabilidad de los proveedores.

Es que, volviendo a coincidir con Tobías, creemos que la noción de dolo como vicio de la voluntad debe resignificarse a la luz de las nuevas técnicas del marketing (42).

Las normas que pensamos que deben ser incluidas en futuras reformas deberían tener los siguientes contenidos:

a) Definición: La ilusión de verdad es un mecanismo por el cual se induce a creer que es cierto algo que es falso. La IV es una acción dolosa que consiste en la aserción de lo falso o la disimulación de lo verdadero.

b) Remisión: Se aplicará supletoriamente lo dispuesto en los arts. 271 a 275 del CCyC (43).

c) Prueba. Sin perjuicio de la obligación de colaboración impuesta a los proveedores de bienes y servicios en el art. 53, párrafo tercero, de la LDC, y de las facultades judiciales previstas en el art. 1735 del CCyC, quien invoque el vicio de IV deberá ofrecer y producir la prueba conducente para acreditar la existencia del vicio (44).

d) Daños punitivos. Acreditada la existencia de una IV corresponde la aplicación de las indemnizaciones previstas en el art. 52 bis. Ello, sin perjuicio de la aplicación de las restantes indemnizaciones que correspondiera aplicarse(45).

e) Factor subjetivo de atribución. Se aplicará lo dispuesto en el art. 1724 CCyC(46).

VIII) Terminaciones.

a.- Según Daniel Kahneman, nuestra estructura mental se organiza por medio de dos sistemas que conviven. El Sistema 1, es intuitivo y está condicionado por reglas más emocionales que racionales. El Sistema 2 que es racional y reflexivo y se utiliza para tomar decisiones complejas.

b.- La mayoría de las decisiones que tomamos están impulsadas por el Sistema 1, que es puramente emocional, sin intervención del aparato más racional de nuestra mente. Sin embargo, el acto jurídico voluntario, que requiere discernimiento e intención del sujeto, implica una intervención del Sistema 2 en la teoría de Kahneman.

c.- Si un acto jurídico se concreta por reacciones más emocionales que racionales lo más probable que ese acto jurídico tenga vicios de nulidad insalvables.

d.- Sin perjuicio de lo dicho, el Derecho está pensado en función de un sujeto que es más racional que intuitivo. Eso genera una tensión entre el funcionamiento real de las personas y el sistema normativo.

e.- El acto voluntario que define el art. 260 del CCyC se parece más a una quimera jurídica que a una descripción inherente al quehacer humano. Este divorcio entre el sujeto real y el postulado por la ley tiene graves implicancias. Implica, en primer término, que buena parte de la Teoría General del Acto Jurídico está equivocada porque parte de un principio general falso: los actos humanos tienen menos discernimiento que impulsos.

f.- La mayoría de las operaciones de consumo se concretan por un deseo impulsivo antes que por un discernimiento intencionado. Eso justifica que el sistema normativo haya diseñado herramientas jurídicas de protección que alivian las consecuencias negativas del consumo impulsivo. La ley de defensa del consumidor (art. 34, LDC) y el Código Civil y Comercial (arts. 1110 a 1116, CCyC) han previsto una herramienta jurídica protectora, comúnmente denominada derecho al arrepentimiento, que permite revocar los actos luego de celebrados. Este arrepentimiento funciona como un discernimiento retroactivo

que permite hacer primero la compra y luego discernir acerca de su conveniencia.

g.- La ilusión de verdad es una técnica para lograr que enunciados falsos sean aceptados como si fueran verdaderos. Para ello, se trabaja sobre la apariencia de verosimilitud. La clave está en disfrazar la formulación falsa con características verosímiles para evadir los controles racionales del Sistema 2. Las ilusiones de verdad ponen en evidencia que la información que recibimos de los proveedores puede ser suministrada en forma tal que genere un oasis distorsivo de la realidad.

h.- Las publicidades engañosas o falsas repotencian la idea de dolo en tanto, deliberadamente, disimulan lo verdadero y afirman una falsedad.

i.- Siguiendo los lineamientos genéricos contenidos en el Código Civil y Comercial, nos parece que sería posible y necesario que una futura reforma de la ley de defensa del consumidor incluya a la 'ilusión de verdad' en el Capítulo referido a la responsabilidad de los proveedores.

Notas al pie:

- 1) Fernando Shina: Doctor en Ciencias Jurídica, UCA, 2019.
- 2) Shina, Fernando, Una nueva teoría general de los contratos, Publicado en: SAIJ, 5 de abril de 2019, Citar: Id SAIJ: DACF 190067.
- 3) Cuando pensamos en nosotros mismos, nos identificamos con el Sistema 2, con el yo consciente, racional, que tiene creencias, hace elecciones y decide qué pensar y qué hacer. Aunque el Sistema 2 crea estar donde está la acción, el protagonista de este libro es el Sistema 1. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 35).
- 4) Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 35.
- 5) De hecho, el art. 260 del CCyC es un exagerado elogio a la capacidad de discernir de los seres humanos.
- 6) Teniendo a la vista lo que venimos exponiendo, es fundamental resaltar que la enorme mayoría de las decisiones económicas de las personas corrientes se toman con el "Sistema 1", como bien lo estudió Daniel Kahneman, es decir, se adoptan decisiones económicas en forma rápida, automática, veloz, intuitiva y emocional. (Sobrino, Waldo, (Contratos de consumo o vínculos de consumo?, Publicado en: La Ley 16/07/2019, Cita Online: AR/DOC/1743/2019).
- 7) Las tres condiciones internas que configuran el acto voluntario están mencionadas en el artículo unidas por la conjunción 'y'; ello significa que todas deben concurrir para que -junto con la manifestación - se configure el acto voluntario. La ausencia de cualquiera de ellas acarrea la involuntariedad del acto. (Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T II, p. 176).
- 8) Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T I, p. 177.
- 9) Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T I, p. 177.
- 10) Puede decirse, en definitiva, que hay intención cuando el comportamiento de la persona se corresponde con el preciso propósito que tuvo y, desde ese aspecto, no hay inconveniente en aceptar que discernimiento e intención no son escindibles como si fueran compartimientos estancos: el discernimiento se concreta con el propósito de realizar el acto. (Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T I, p. 178).
- 11) Comporta la posibilidad de celebrar un acto sin coacciones externas, es decir, el poder elegir espontáneamente entre varias determinaciones. (Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T I, p. 178).
- 12) (1) El solo hecho de que la vendedora por boleto haya tenido 75 años de edad al momento de suscribir el mismo -o incluso que a esa fecha estuviera viviendo en un geriátrico- no puede llevar a concluir sobre su discernimiento a la hora de realizar un negocio inmobiliario. En efecto, la sola consideración de la avanzada edad de una persona no puede llevar al juzgador a inferir sin más una merma en sus aptitudes intelectuales, o en su capacidad para desenvolverse en el ámbito negocial, o más concretamente, su falta de discernimiento para realizar un acto jurídico de disposición patrimonial. (Lacovelli, Luisa y otro vs. Sucesores de Marisa E. Sagraria s. Escrituración /// CCC Sala II, Mar del Plata, Buenos Aires; 22/03/2019; Rubinzal Online; 149430; RC J 2112/19).
- (2) El consentimiento, para tener efectos jurídicos debe expresarse con discernimiento, intención y libertad y se presumirá válido cuando no estuviere

viciado por error, dolo o violencia. Si concurre alguno de esos vicios, el acto es anulable porque supone la falta de un elemento esencial de la voluntad: en los dos primeros, la intención, mientras que, en el último, la libertad (Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil", Ed. L.L., 2008, Bs. As., Parte General, T. II, págs. 297/8). (Sistema Integrado de Extensión Médica Preventiva Siempre S.A. vs. YPF S.A. s. Ordinario - Siempre S.A. s. Concurso preventivo - Incidente de revisión por la concursada al crédito de YPF S.A. /// CNCom. Sala E; 29/08/2012; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 9651/12).

(3) ... pues los actos humanos se presumen ("juris tantum") efectuados con intención; de manera que para que tal actuación dolosa fuera suficiente para justificar la nulidad del acto, el actor debió acreditar que reunía los recaudos exigidos por el Cciv: 932; mas, nada de esto ha sido acreditado por el accionante, por lo que cabe confirmar la sentencia de primera instancia. (Del voto en disidencia del Dr. Vasallo). (Pereyra, Sergio Daniel vs. Provincia Seguros S.A. s. Ordinario /// CNCom Sala D; 03/08/2009; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 24950/09).

(4) En principio el acto lícito debe considerarse válido, por ello dependerá de la prueba, si es anulable. (art. 921, Código Civil). Hasta aquí la enunciación de los vicios de la voluntad mientras que los vicios de los negocios jurídicos son la simulación, el fraude y la lesión. Mientras los primeros producen la anulabilidad de probarse su existencia, el fraude causa la inoponibilidad y la lesión, el reajuste o la nulidad. (R., J. C. vs. C. V., M. J. s. Nulidad /// CNCiv. Sala J; 07/06/2016; Rubinzal Online; 49065/2014; RC J 3677/16).

13) El Sistema 2 es movilizado para que el esfuerzo aumente cuando detecta que estamos a punto de cometer un error. Recuerde el lector aquella vez en que estuvo a punto de soltar una frase ofensiva y lo difícil que le resultó recuperar el control. En suma, la mayoría de las cosas que pensamos y hacemos (Sistema 2) se originan en el Sistema 1, pero el Sistema 2 toma las riendas cuando esas cosas se ponen difíciles, y es él normalmente el que tiene la última palabra. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 40).

14) El Sistema 1 actúa automáticamente y el Sistema 2 se halla normalmente en un confortable modo de mínimo esfuerzo en el que solo una fracción de su capacidad está ocupada. El Sistema 1 hace continuamente sugerencias al Sistema 2: impresiones, intuiciones, intenciones y sensaciones. Si cuentan con la aprobación del Sistema 2, las impresiones e intuiciones se tornan creencias y los impulsos, acciones voluntarias. Si todo se desarrolla sin complicaciones, como ocurre la mayor parte del tiempo, el Sistema 2 acepta las sugerencias del Sistema 1 con escasa o ninguna modificación. Generalmente damos crédito a nuestras impresiones y cumplimos nuestros deseos, y eso está bien... por lo común. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 39).

15) Un buen día descubrió que había dejado de ser un buen lector y, casi casi, un lector. Su concentración se disipaba luego de una o dos páginas de un libro y, sobre todo, si aquello que leía era complejo y demandaba mucha atención y reflexión, surgía en su mente algo así como un recóndito rechazo a continuar con aquel empeño intelectual. Así lo cuenta: "Pierdo el sosiego y el hilo, empiezo a pensar qué otra cosa hacer. Me siento como si estuviese siempre arrastrando mi cerebro descentrado de vuelta al texto. La lectura profunda que solía venir naturalmente se ha convertido en un esfuerzo". Preocupado, tomó una decisión radical. A finales de 2007, él y su esposa abandonaron sus ultramodernas instalaciones de Boston y se fueron a vivir a una cabaña de las montañas de Colorado, donde no había telefonía móvil e Internet llegaba tarde, mal y nunca. Allí, a lo largo de dos años, escribió el polémico libro que lo ha hecho famoso. Se titula en inglés *The Shallows: What the Internet is Doing to Our Brains* y, en español: *Superficiales: (Qué está haciendo Internet con nuestras mentes?* (Taurus, 2011). Lo acabo de leer, de un tirón, y he quedado fascinado, asustado y entristecido. (Mario Vargas Llosa, *La Nación*, 6-08-2011, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/mas-informacion-menos-conocimiento-nid1395507>, Captura: 19-10-2019).

16) En otras circunstancias ya se dio de igual modo la preocupación por las novedades tecnológicas ligadas a la información y el impacto en nuestra mente. Sin embargo, el ser humano aún goza de buena salud. Estos procesos críticos nos permiten, más bien, dar cuenta de un aspecto fundamental de nuestra conformación biológica: la naturaleza limitada de la propia memoria. Como todo bien limitado, actuamos en consecuencia protegiéndolo y utilizándolo con un sentido de la oportunidad. Si aprendemos que la capacidad para acceder a un

dato está tan solo a una búsqueda en Google de distancia, decidimos entonces no destinar nuestros recursos cognitivos a recordar la información, sino a cómo acceder a la misma. A diferencia de lo que plantea Vargas Llosa en su artículo... buscar instintivamente la información en Google es un impulso sano. (Manes, Facundo - Niro, Mateo, Usar el cerebro, Buenos Aires, Planeta, 2019, p. 150).

17) Entre nuestros hábitos de consumo aparece, cada vez con más frecuencia el de comprar aquello que no necesitamos en el momento en el que no queríamos comprar nada. En efecto, a menudo se repiten situaciones en las cuales somos sorprendidos por vendedores u ofertas de ventas en lugares donde esas operaciones no debían concretarse... Esta técnica comercial tan repetida, que consisten sorprender al consumidor cuan no está dispuesto a realizar ninguna compra, es regulada por la ley de defensa del consumidor en los arts. 32 a 35. (Shina, Fernando, Sistema legal..., p. 133).

18) Art. 34 LDC. Revocación de aceptación. En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.

19) Según ya fuera señalado, lo específico de las modalidades descriptas en los artículos 32 y 33 de la LDC y 1104 y 1105 del CCyC, en orden a sus efectos jurídicos, es conferirle al consumidor la posibilidad de revisar su decisión, de poner el consentimiento en ralenti y dejar así sin efecto un contrato que, a la postre, visualiza como perjudicial a sus intereses. A esos fines se regula, en los artículos 34 y 1110 del CCyC, el instituto del arrepentimiento con la finalidad de reintegrarle al consumidor la posibilidad de ponderar la conveniencia -con nuevos elementos de juicio- de una contratación que la técnica empleada para concretarla le ha arrebatado y así evitar que un consentimiento contractual que ha sido prestado en una situación forzosa despliegue los mismos efectos que un consentimiento manifestado en un proceso negocial ordinario. El derecho al arrepentimiento está previsto, con carácter imperativo e irrenunciable, para los supuestos enunciados en la ley... (Pita, Enrique Máximo, Contratos a distancia y celebrados fuera de los establecimientos comerciales, Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho de Daños, Consumidores Tomo: 2016 1, Cita: RC D 1168/2017).

20) Art. 1110 CCyC. Revocación. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato. Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce. Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente. Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos.

21) De su redacción se infiere que esta revocación, también conocido como derecho de arrepentimiento, tiene la finalidad de rescindir aquellas operaciones de consumo -compraventa o prestación de servicios - en las cuales el consumidor haya sido sorprendido por el proveedor o no haya tenido el tiempo necesario para reflexionar sobre la necesidad de contratación, en virtud del entorno, la publicidad o el marketing llevado a cabo. (Alterini, J - Alterini I, en Alterini, Jorge H., (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado, Buenos Aires, La Ley, 2016, T V, p. 955).

22) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 59).

23) En algunas situaciones, la gente incluso puede desear que el Gobierno le ayude a afrontar sus problemas de autocontrol. En los casos extremos los gobiernos pueden prohibir determinadas actividades (como el uso de heroína, la prostitución o conducir borracho) ... En otros casos, los individuos prefieren que el Gobierno no intervenga tanto. Por ejemplo, a los fumadores les pueden beneficiar los impuestos sobre el tabaco con el objeto de reducir el consumo sin prohibirlo. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 64).

24) El art. 34 de la LDC, se refiere a las ventas domiciliarias o por

correspondencia. Empero, ambos textos legales aluden a las operaciones comerciales realizadas fuera de un establecimiento comercial tradicional.

25) El derecho de revocación o arrepentimiento constituye un derecho relevante dentro del ámbito de aplicación de la contratación fuera del establecimiento comercial del proveedor. Sin embargo, a poco que indagemos, veremos que su espacio o campo de aplicación es mucho más amplio, puesto que 'desarrollo de los medios de comunicación masivo y la tecnología provocaron el surgimiento de la contratación sin intervención interpersonal... (Alterini, J - Alterini I, en Alterini, Jorge H., (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado, Buenos Aires, La Ley, 2016, T V, p. 956).

26) La Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE) anuncia los resultados del Comercio Electrónico en el primer semestre 2019 en el marco de la 13va edición del e-Commerce Day Buenos Aires. En los primeros 6 meses del año, el e-Commerce en la Argentina facturó \$ 152.619 millones de pesos, lo que representa un incremento del 56% con respecto al mismo período 2018. (Ver, <https://www.cace.org.ar/noticias-crece-el-ecommerce-en-el-primer-semester-del-ano>, Fecha de captura: 12-10-2019).

27) Según el informe, 9 de cada 10 personas ya compraron alguna vez online, y 7 de cada 10 lo hizo en el último año. Esto refleja que nos encontramos ante una industria cada vez más madura y confiable, siendo que cada vez más argentinos eligen el canal online y expresan que sus experiencias de compra online son altamente satisfactorias. (Ver, <https://www.cace.org.ar/noticias-crece-el-ecommerce-en-el-primer-semester-del-ano>, Fecha de captura: 12-10-2019).

28) En los primeros 6 meses del 2019 se facturaron más de 843 millones de pesos por día y la cantidad de órdenes de compra realizadas aumentaron un 21% en comparación al año anterior. Esto nos demuestra que los consumidores recurren con mayor frecuencia y adoptan esta modalidad como un hábito cada vez más cotidiano, declarando una experiencia de compra satisfactoria en todo el proceso. (Ver, <https://www.cace.org.ar/noticias-crece-el-ecommerce-en-el-primer-semester-del-ano>, Fecha de captura: 12-10-2019).

29) Uno de estos indicadores es la facilidad cognitiva, y su rango se encuentra entre 'ofacilidad' y 'tensión'. La facilidad es un signo de que las cosas van bien; no hay riesgos, no hay novedades importantes, no hace falta reconducir la atención o emplear esfuerzo. La tensión indica que existe un problema que requerirá mayor movilización del Sistema 2. Sucede entonces lo contrario: experimentamos tensión cognitiva. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 84).

30) Hemos de observar, sin embargo, que la frase 'Un pollo tiene tres patas' es más obviamente falsa que 'Un pollo tiene cuatro patas'. Nuestra maquinaria asociativa ralentiza el juicio sobre la última frase anunciando el hecho de que muchos animales tienen cuatro patas, y quizá también el de que en los supermercados a menudo se venden patas de pollo en bandejas de cuatro. El Sistema 2 ha dejado pasar esta información... ((Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 87).

31) Otro consejo: si su mensaje va a imprimirse, utilice papela de buena calidad para maximizar el contraste entre los caracteres y el fondo. Si usa colores, es más probable que le crean si su texto aparece impreso en azul celeste o en rojo que en todos medios de verde, amarillo o azul pálido... Además de hacer que su mensaje resulte sencillo, procure que sea un mensaje que pueda recordar. Ponga sus ideas en verso, si puede; será más probable que se consideren verdaderas... Finalmente, si cita una fuente, elija una con un nombre que sea fácil de pronunciar. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 89-90).

32) Recuerde que el Sistema 2 es perezoso, y el esfuerzo mental causa aversión. Los receptores de mensajes preferirán estar... lejos de todo lo que les sugiera esfuerzo, incluida una fuente de nombre complicado. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 90).

33) Comisión Federal para la Protección contra los Riesgos Sanitarios (COFREPIS) y Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO).

34) Seguramente te ha tocado ver la campaña "149 calorías" de Coca Cola, y es que es imposible no verla pues invade espectaculares, televisión, radio, internet, revistas y periódicos, -está en todos lados! Pues bien, la Procuraduría Federal del Consumidor y la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios han ordenado que se retire esta campaña por considerarla "engañosa y constituir un riesgo a la salud", además, la compañía será acreedora a una multa millonaria. (Cuál es el problema con la campaña?

Ambas instituciones coincidieron en que esta campaña tiene varios elementos engañosos, ya que asocian el consumo del producto con la felicidad, sin mencionar que son de alto riesgo para la salud y en buena parte responsables de la gran epidemia de obesidad, sobrepeso y diabetes no solo en México sino en todo el mundo. Coca Cola y su campaña "149 calorías" quieren hacer creer a la gente que beber este refresco no es tan dañino y no aporta una cantidad significativa de calorías a quien la consume. En letras pequeñísimas, la compañía advierte que 149 calorías se aplican para un refresco de 355 ml, nunca te dicen que si tomas un refresco de 600 ml consumes 252 calorías, lo cual se considera publicidad engañosa. (Ver, <http://eldiariodelanena.com/prohiben-en-mexico-la-campana-149-calorias-de-coca-cola/>, Fecha de captura: 13-10-2019).

35) Una manera segura de hacer que la gente crea falsedades es la repetición frecuente, porque la familiaridad no es fácilmente distinguible de la verdad. Las instituciones y los marketers autoritarios siempre han tenido conocimiento de este hecho. (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido...*, p. 88).

36) El buen humor relaja el control del Sistema 2 sobre la acción: estando de buen humor, nos volvemos más intuitivos y más creativos, pero también menos cautelosos y más propensos a los errores lógicos. El buen humor es una señal de que las cosas van bien en general, de que el entorno es seguro, de que todo está en orden y podemos bajar la guardia. (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido...*, p. 97).

37) La demanda es creada por la publicidad, el marketing...la creación de situaciones jurídicas de cautividad. 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 necesidad, porque se desea un estatus particular al que va asociado el producto, porque se ganó un sorteo, porque se está en una situación cautiva que obliga a comprar; se pagan precios porque no hay otras opciones, se adquieren accesorios porque están adheridos inevitablemente al bien que se desea. (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos, Parte General*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, p. 840).

38) Se ha dicho, quizás con alguna exageración, pero con gran realismo, que "el derecho del consumidor a recibir una información adecuada que le permita hacer elecciones bien fundadas se vulnera sistemáticamente mediante las distintas técnicas de comunicación (difusión, divulgación) y en especial las publicitarias, llenas de sugestión pero escasas de información, encaminadas a la persuasión, como mecanismos motivantes e incentivadores del consumo, incluso más allá de la satisfacción de necesidades. La publicidad se ha convertido, lisa y llanamente, en la industria de la persuasión". Aún más, se ha comprobado que la eficacia persuasiva de la publicidad es, como regla, directamente proporcional a la escasez de información; el consumidor se encuentra en una situación de incerteza que le impide seleccionar racionalmente el producto o servicio, restringe la espontaneidad de su elección, relativiza su poder de decisión y disminuye su libertad de contratar. (Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Publicidad y Consumidores*, Rubinzal - Culzoni, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Tomo: 1994 5 Consumidores, Cita: RC D 977/2012).

39) Las investigaciones que haga una empresa sobre un aspecto determinado son información privada. La información es un bien apreciado, tiene valor económico, y consecuentemente tiene protección jurídica. Este distinguo hace posible que exista un derecho a retener la información privada y no un deber de revelarla. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, ... p. 389.

40) Las posiciones sobre la extensión del deber de informar deben precisar si se refieren a las relaciones de consumo, porque en este caso se justifica una ampliación al variar la carga de autoinformación por aplicación del principio protectorio... En los contratos de consumo se justifican estas ampliaciones, pero no en los contratos de empresa, ya que las circunstancias forman parte del paquete informativo que cada parte debe proveerse y si el hecho es imprevisible podrá solicitar la revisión del contrato por excesiva onerosidad. (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, ... p. 391 y 392).

41) El Estado no puede permanecer ajeno a una problemática tan compleja. Dice Packard que "si el negocio de la publicidad se deja sin control, lo más probable será que acabe por dominar nuestras vidas". El constante desarrollo de nuevos métodos de venta, como pedidos por teléfono, teleshopping, etcétera, aumenta la necesidad de una adecuada vigilancia. No se trata de intervenir en todo, pero sí de tomar medidas contra aquello que viola el orden público económico; no puede desconocerse, sin embargo, que es el propio Estado el que

incumple su deber "cerrando los ojos" ante cientos de campañas publicitarias que contradicen la legislación vigente. (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Publicidad y Consumidores, Rubinzal - Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo: 1994 5 Consumidores, Cita: RC D 977/2012).

42) Es posible afirmar, por lo tanto, contrariamente a lo que ha afirmado, que la aparición de las modernas técnicas negociales (contratos por adhesión, contratación masiva, etc.) como de comunicación (especialmente las modernas técnicas publicitarias), acentúan la necesidad de una reelaboración de las tradicionales técnicas de protección de la voluntad, de modo que, sin afectar la seguridad jurídica y estabilidad de los negocios, ellas posibiliten una mayor justicia contractual. (Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T II, p. 287).

43) Como ya hemos dicho, la creación de IV es una de las formulaciones que asumen las conductas dolosas y, como tales deben seguir lo dispuesto en la ley general que trata sobre el dolo como vicio de los actos jurídicos.

44) Tratándose de una acción dolosa, no encontramos obstáculos legales para aplicar el criterio general que surge del art. 1734 del CCyC.

45) Naturalmente, la creación de IV es contrario a la ley y, además, su uso es doloso, razón que justifica que una vez acreditada su existencia se aplique la indemnización extraordinaria prevista en el art. 52 bis de la LDC.

46) En el caso de la creación de ilusiones de verdad, la conducta deliberada del agente es relevante para atribuir responsabilidad. No se concibe la existencia de una IV sin la participación deliberada del agente. Por lo tanto, el factor subjetivo del agente es determinante del daño y eso justifica que la responsabilidad siga un factor subjetivo de atribución. Ello, sin perjuicio del deber de colaboración que pesa sobre los proveedores en el marco de las relaciones de consumo.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 6 DE NOVIEMBRE DE 2019
:
Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.260, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.271 al 275, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1110 al 1116, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1724, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1735, Ley 24.240 Art.34, Ley 24.240 Art.52, Ley 24.240 Art.53*

La autonomía de la voluntad como regla contrafáctica. El derrumbe del Derecho Privado tradicional

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 7 DE FEBRERO DE 2020

TEMA

CONTRATOS-LIBERTAD DE CONTRATAR-AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

TEXTO

I) Presentación.

En este breve ensayo, que compartimos con los lectores de SAIJ, proponemos describir cómo la noción de autonomía de la voluntad fue utilizada para organizar el funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico y cómo, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, el sistema normativo comenzó a organizarse en base a otros principios. La noción de una voluntad autónoma tuvo, en efecto, diversa aceptación y alcance a lo largo de un recorrido que se inicia en 1871 y termina con la aparición del Código Civil y Comercial en agosto de 2015.

La ley 26.994, que derogó el viejo Código Civil y puso en marcha el nuevo Código Civil y Comercial, nos muestra que la intervención del Estado en la contratación privada es mucho más activa que en el pasado y, asimismo, se remarca que esa injerencia se consolida hacia el futuro. Como bien señalan Julio César Rivera y Daniel Crovi: En el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales, una cierta intervención del Estado a favor de las personas con menor poder de negociación lo que se traduce en la limitación del papel de la autonomía de la voluntad y en algunos límites impuestos al ejercicio de los derechos subjetivos(2).

II) El lento retroceso de la autonomía de la voluntad en la doctrina nacional.

En el orden nacional, la doctrina ha tenido una posición pendular frente al tema que examinamos. No obstante, se advierte -con escasas excepciones- un sostenido retroceso de la regla de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual como ejes exclusivos y excluyentes de la teoría general del acto jurídico de la que deriva el contrato, máximo exponente de la regla de la autonomía de la voluntad.

Mosset Iturraspe, que sin dudas es uno de los autores clásicos que mejor marca los límites del debate en torno de la autonomía de la voluntad, señala, a mitad de camino entre interrogante retórico y la reflexión: (Es justo regular el Mercado? (Y, en caso de serlo, en qué términos? El debate sobre estas cuestiones no es nuevo; por un lado, los empresarios, los comerciantes, vienen sosteniendo, desde la Edad Media, a partir de la 'lex mercatoria', con apoyo del pensamiento liberal, que hay que dejar hacer, dejar pasar, que el Mercado se regula a sí mismo a través de reglas invisibles y normas espontáneas. Esa actitud es la justa y equitativa, lo contrario, intervenir, dirigir, ordenar, sólo conduce a la distorsión del Mercado, al retraimiento de los personajes activos, los dueños del Mercado, los proveedores, comerciantes e industriales(3).

Si no se advierte que la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la obligatoriedad de los contratos forman parte de una trama inseparable de contenido jurídico-económico se corre peligro de caer en la discusión superficial que se agota en cuestiones teñidas de ideología(4).

Por cierto, pensamos que es más enriquecedor analizar la vinculación de la teoría económica del liberalismo con la teoría general de los actos jurídicos. Una visión integrada de la economía y el derecho es esencial para elaborar institutos jurídicos que mejoren la difícil compatibilidad entre la libertad contractual y la equidad en las relaciones jurídicas.

El desarrollo tecnológico sumado a la comercialización masiva de bienes y servicios demuestra que es un error intentar un examen teórico del Derecho sin considerar las leyes básicas de la economía capitalista.

Adam Smith (1723 - 1790) al explicar su teoría sobre la riqueza de las naciones pone en el tapete la relación directa entre la ejecución obligatoria de los contratos y el progreso de la economía. La regla *pacta sunt servanda* es - definitivamente - una herramienta que asegura el funcionamiento de los mercados descritos por el capitalismo. Para Smith y los pensadores del liberalismo tradicional que le siguieron, cualquier restricción legal al cumplimiento de la palabra empeñada en los contratos repercute desfavorablemente en la seguridad jurídica y, por añadidura, termina afectando negativamente el funcionamiento de los mercados.

El respeto ciego a la palabra empeñada está vinculado al tráfico de riqueza y a garantizar el cumplimiento de los contratos (sean justos o injustos) antes que a constituir un atributo de la dignidad del hombre. Se trata de una regla económica antes que un principio moral. Confundir una herramienta de la economía con un postulado ético fue un deliberado malentendido promovido por los mismos intereses que defienden a rajatabla el principio de la autonomía de la voluntad.

Federico De Lorenzo propone una lúcida confrontación teórica entre la autonomía de la voluntad (que denomina autonomía privada) y los derechos fundamentales (dentro de los que incluye -principalmente- a la dignidad del ser humano y los derechos personalísimos).

Nosotros coincidimos con el autor citado porque ese confornte de tensiones busca equilibrios allí donde la espontaneidad no tiende al justo medio, sino a sus excesos. Dicho de otro modo: la libertad contractual, por sí sola, no garantiza la existencia de equidad; más bien produce el efecto contrario dando ocasión a lo que De Lorenzo llama el uso 'nihilista de la autonomía de la voluntad' (5).

Atilio Alterini es otro de nuestros grandes doctrinarios nacionales que, mucho tiempo atrás, advirtieron que en los últimos 30 años la sociedad modificó paradigmas que la habían acompañado por varios miles de años(6). Sin embargo, nos sorprende desfavorablemente la contraposición entre el pensamiento vanguardista de Atilio Alterini, que describe una sociedad en la que el sujeto es más protagonista del futuro que del presente, y la concepción del actual legislador reformista que, al regular la nueva la teoría contractual, nos remite a principios que brillaron hace más de un siglo y que se apagaron al finalizar el siglo XX. En efecto, la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, resalta el principio de la libertad contractual, la obligatoriedad del contrato y la no intervención de los negocios paritarios, como si esas reglas debieran ser ratificadas en vez de superadas por una concepción más realista(7). Se impone que el Derecho se oriente hacia una concepción más humanista del sujeto

III) La contrafactividad de la autonomía de la voluntad.

Una buena de nuestro pensamiento está orientado a explicar que la noción conceptual que conocemos como autonomía de la voluntad es, en realidad, una regla contrafáctica que se niega a sí misma. Se trata de un enunciado constitutivo de la libertad del individuo, pero que, casi sin excepciones se materializa mediante renunciadas o restricciones de los derechos individuales. Veamos más detenidamente la contradicción que describimos.

En incontables ocasiones este concepto ha sido utilizado para justificar que una de las partes (siempre la más débil) renuncie a un derecho o límite su aptitud para ejercerlo o alivie la responsabilidad al otro contratante que, invariablemente, es la parte más fuerte del negocio. El concepto de autonomía de la voluntad tiene, por ese motivo, una condición reversible que sirve para justificar la libertad de unos pocos y la resignación del resto

IV) El injusto obligatorio, la igualdad de los desiguales, la injusticia

particular, y el bienestar general.

(a) La igualdad genérica y la desigualdad particular. En este tópico vamos a examinar tres cuestiones importantes relacionadas con los contenidos de la libertad contractual, la obligatoriedad de los contratos y la noción de equidad como meta para lograr el bienestar general.

Para ello, vamos a dar por sentado que es posible que existan contratos que fueron celebrados voluntariamente por las partes y que, al menos aparentemente, no contienen vicios que permitan declarar su nulidad. Es decir, se trata de acuerdos celebrados con discernimiento, intención y libertad (art. 260, CCyC) pero que, al mismo tiempo, son injustos.

Esta clase de contratos contienen una particularidad que los hace especialmente incómodos para el normal funcionamiento de una teoría general aceptable: se trata de acuerdos formalmente válidos, legalmente obligatorios, pero realmente inequitativos. A decir verdad, abundan los acuerdos injustos y obligatorios; para comprobarlo alcanza con revisar alguna de las muchas ejecuciones de títulos de crédito que contienen intereses que superan la benévola categoría de abusivos y se acercan a la noción más criminal de la usura.

En segundo lugar, se echará una mirada a los términos de la llamada libertad contractual. (Es posible, acaso, hablar de libertad contractual entre contratantes cuya desigualdad de fortalezas y oportunidades es tan notoria? (Es verdaderamente libre el trabajador que contrata con el patrono o el consumidor que lo hace con el proveedor de bienes y servicios?)

Finalmente, con ayuda de algunos pensadores de la filosofía, vamos a examinar si es posible alcanzar el bienestar general aceptando la irritante idea de que existen contratos que son, en simultáneo, injustos y obligatorios y que se atribuye la misma libertad a personas profundamente desiguales.

Este esquema de igualdades genéricas y diferencias particulares muestra una sociedad integrada con individuos igualados nominalmente por la titularidad de los derechos, pero profundamente desiguales a la hora de ejercerlos. Ronald Dworkin (1931 - 2013) es uno de los importantes pensadores que explica este desnivel tan desalentador(8):

Y por el lado de las libertades individuales, las asimetrías se repiten con la misma intensidad que en las cuestiones relacionadas con la igualdad. Es posible afirmar que todos los hombres son libres e iguales en el sentido genérico, pero esto no impide reconocer que la posición socioeconómica privilegiada de un grupo minoritario mantiene un predominio irreversible sobre el otro grupo que es abrumadoramente mayoritario(9).

La teoría contractual paritaria se estructura en base a sujetos que tienen una igualdad nominal de derechos, pero que permanecen separados por el notable desnivel que cada uno de ellos tienen a la hora de ejercer esos derechos.

El esquema ideal debe buscar una forma de compatibilizar la libertad contractual y la desigualdad de los sujetos que forman el binomio contractual(10). Ello, a nuestro modo de ver, requiere de una intervención del Estado que haga compatible la libertad contractual entre sujetos desiguales.

No se trata de negar que la libertad individual sea en un verdadero motor del progreso real del individuo, pero tampoco se puede caer en el pensamiento supersticioso de suponer que esas iniciativas, sin ninguna regulación estatal, son suficientes para lograr la realización individual y el bienestar colectivo(11).

(b) Del injusto particular al bienestar general. En el campo de la teoría política, autores como John Rawls (1921 - 2002) explican, en términos morales, este esquema de igualdades abstractas y divergencias concretas(12).

Rawls describe una idea moral que justifica la desigualdad como parte de un

proceso social que concluye en un mayor bienestar general. La cuestión es presentada por este autor como una forma de desigualdad justa o, al menos, dotada de una finalidad moral que hace que deba ser tolerada solidariamente por toda la sociedad; pero, sobre todo, por las clases menos aventajadas. En definitiva, según esta idea, las clases desfavorecidas serían las beneficiarias finales de este aparente sacrificio(13).

La reflexión nos lleva a analizar si, efectivamente, esa tolerancia solidaria que las partes le prestan al sistema concluye en una reparación justa en favor de los grupos menos privilegiados de la sociedad.

Para enriquecer nuestro análisis sobre la autonomía de la voluntad habrá que determinar si esa diferencia de poderíos que los patronos y los proveedores tienen sobre los obreros y los consumidores concluye en un mayor bienestar general. Porque si no fuera así, estaríamos frente a una mera injusticia que debería ser prevenida por el Estado con leyes que regulen esas asimetrías.

Luego, seguirá siendo necesario establecer si el régimen de desproporciones contractuales es una injusticia tolerable, que viene acompañada con la promesa de bienestar, o si se trata de un privilegio injusto que lesiona irreversiblemente el postulado de la libertad prometida en el concepto de las voluntades autónomas.

Hannah Arendt (1906 - 1975) describe cómo esa igualdad contractual es nominal e insuficiente porque no supera el nivel formal(14). La igualdad formal que surge de la libertad contractual no se hace cargo del estado de necesidad en el que cada contratante llega a celebrar ese acuerdo de apariencia paritaria. La necesidad del contratante más débil ocupa el lugar de una violencia social que fue desplazada y atenuada, pero sin ser erradicada. Sufre la violencia de la necesidad el asalariado que no llega con su salario a cubrir los gastos del mes y también la sufre el consumidor alienado que consume lo que ni siquiera sabe si desea consumir. En este último aspecto, coincidimos con Alterini cuando nos habla de la manipulación de las publicidades que hacen de las novedades y las modas(15).

En definitiva, y frente al pensamiento de John Rawls se alzan otras ideas que critican rigurosamente las asimetrías alegando que ellas no tienen ninguna finalidad moral ni, mucho menos, aspiraciones de bienestar general. Son -aseguran- las reglas del mercado y del capitalismo clásico que tienen a la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad como sostén principal.

La intervención del Estado, en desmedro del reinado de un derecho que más que privado parece privatizado, implica una evolución histórica social y cultural. Es indudable que las sociedades modernas perciben las intervenciones del Estado como un factor determinante del bienestar común y no como una forma de avasallamiento de los derechos individuales. Es este el cambio paradigmático que intentamos poner de relieve cuando hablamos de los cambios profundos que ha recibido el Derecho privado. La autonomía de la voluntad, como regla aseguradora de las libertades individuales, no logró superar el nivel de las igualdades formales ni disimular los profundos desniveles materiales que permitía.

Nos parece apropiado, para cerrar este tópico, compartir una reflexión del notable pensador Yuval Harari (1976, Universidad de Jerusalén) referida a la evolución de los Derechos Humanos y su estricta relación, no solo con los avances científicos y tecnológicos, sino también con las políticas públicas: Durante los últimos cien años, los avances tecnológicos, económicos y políticos han creado una red de seguridad cada vez más robusta que aleja a la humanidad del umbral biológico de la pobreza. De cuando en cuando se producen aún hambrunas masivas que asolan algunas regiones, pero son excepcionales y casi siempre consecuencia de la política humana y no de catástrofes naturales. En la mayor parte del planeta, aunque una persona pierda el trabajo y todas sus posesiones, es improbable que muera de hambre(16).

B La autonomía de la voluntad en el derecho privado tradicional.

i) Presentación.

El sistema normativo argentino gira alrededor de un sujeto que presume que actúa voluntariamente. Esto quiere decir que el Derecho ha organizado todo el sistema a partir de la concepción de una persona cuya conducta supone subordinada al dictamen de su voluntad. En una palabra, para el derecho el sujeto es un ente plenamente racional.

Dentro de esa concepción, que el Derecho comparte con la ciencia política y la economía, la voluntad del sujeto es el elemento indispensable para la elaboración de los tres pilares del derecho privado; a saber: a) el acto jurídico; b) el contrato; c) la responsabilidad.

En ese sentido, no debe olvidarse que los jurídicos concretados sin voluntad o con voluntad viciada son nulos. La relación entre la voluntad del sujeto y la nulidad del acto marca la relevancia que este concepto tiene en la construcción del Derecho privado. La nulidad es un remedio para aliviar los vicios que pueden afectar la voluntad del sujeto tales como el error, el dolo o la violencia (conf., arts. 265 a 278, CCyC). La voluntad es un concepto tan estrechamente vinculado al acto jurídico que su ausencia lo aniquila.

ii) La autonomía de la voluntad en la clásica teoría general del acto jurídico.

El Código Civil y Comercial se ocupa de la teoría general de los hechos y actos jurídicos en el Libro I - Título IV - Capítulo 1 a 9, arts. 257 a 397. En primer lugar, vamos a examinar superficialmente el Capítulo 1 (arts. 257 a 264) donde se explica cómo la voluntad es el elemento condicionante del acto jurídico.

El art. 257 del CCyC se refiere a los hechos jurídicos. Se trata de acontecimientos que más allá de producir efectos jurídicos son ajenos a la voluntad del sujeto. Sólo cuando el acontecimiento está vinculado con el individuo se convierte en un acto jurídico que, a su vez, puede ser voluntario o involuntario. Sin ingresar en distingos más profundos, vamos a considerar que los hechos jurídicos descriptos en el art. 257 del CCyC son eventos de la naturaleza ajenos a la intervención directa del individuo(17).

El art. 258 dispone que: El simple acto lícito es la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. En este caso, nos encontramos con la voluntad de hacer algo, pero sin la intención de concretar una relación jurídica. El acto es voluntario, pero su consecuencia jurídica es determinada por la ley antes que por la intención real del sujeto.

Es decir, el simple acto lícito es un voluntario sin finalidad jurídica concreta; su ejecución no está subordinada por la adquisición, la modificación o la extinción de una relación jurídica.

El artículo 259, a su turno, dispone que: El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. En este caso la voluntad del sujeto está dirigida a concretar un resultado jurídico. Nos encontramos, entonces, frente a un negocio jurídico ideado y puesto en marcha por las partes. La voluntad está dirigida a la obtención de un resultado jurídico (adquisitivo, modificadorio o extintivo) que determina la realización de las acciones necesarias para lograr ese fin(18).

El art. 260, que para nosotros es trascendental, se ocupa de introducir el concepto de acto voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior. En este caso, el código unificado presenta una novedad: incluye en el mismo texto los requisitos internos de la voluntad y el hecho objetivo exterior que la representa. La voluntad jurídicamente relevante depende de un acto externo al sujeto que la represente en el mundo material(19).

Para Campagnucci de Caso, sin esa declaración que exteriorice la voluntad no se llega a concretar la idea implícita en el acto jurídico. La voluntad y su declaración forman una trama inescindible(20). Más aun: para que pueda hablarse de voluntad debe haber coincidencia entre lo deseado internamente por el sujeto y su representación exterior(21).

Para Bueres, el acto jurídico depende de un equilibrio entre los aspectos

psíquicos de voluntad y aquellos relacionados con su declaración. El autor sostiene la posibilidad de que exista una voluntad que contenga impurezas tanto en su concepción interna como en su manifestación(22). Bueres, en definitiva, privilegia la certeza del acto y la seguridad del tráfico(23).

Para terminar, en el art. 261 del CCyC se dispone que será involuntario el acto concretado sin discernimiento(24).

Como puede verse, el concepto de voluntad y el de manifestación de voluntad dominan todo el armado del acto jurídico dentro del ordenamiento actual. Sin una manifestación de la voluntad no habrá acto jurídico(25).

En conclusión: lo propio del acto jurídico es la voluntad que nace en la subjetividad del individuo y la manifestación que la representa en el mundo material.

Dejamos, con todo merecimiento, el cierre del tópico al Maestro Llambías porque en la escuela nacional no hubo otro jurista que haya relacionado con más intimidad la trama que vincula al acto jurídico con la autonomía de la voluntad: La teoría del acto jurídico reviste en el derecho la mayor importancia, por cuanto dicho acto es el medio por el cual el hombre impone un orden de relaciones jurídicas adecuado a las diversas finalidades que se propone alcanzar. Un sector amplio del derecho privado ha sido entregado por el legislador, en lo substancial, al gobierno de los particulares. Son las relaciones jurídicas de contenido patrimonial, que quedan sometidas en su regulación al principio de la autonomía de la voluntad(26).

iii) La autonomía de la voluntad en la clásica teoría general del contrato. El Código unificado establece la existencia de tres categorías contractuales que funcionan con reglas propias y diferenciadas(27). Nos referimos a los contratos paritarios, los contratos de adhesión, y los contratos de consumo. Los principios que rigen a los paritarios son: a) la libertad contractual (art. 958, CCyC); b) la fuerza obligatoria del acuerdo celebrado entre partes (efecto relativo de los contratos, art. 959, CCyC); c) la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución del contrato (art. 961, CCyC); d) la no intervención judicial en los acuerdos privados (art. 960, CCyC).

La regla que guía a estos contratos es la autonomía de la voluntad representada por la libertad de contratación, la obligatoriedad de los acuerdos y la no intervención oficial en el ámbito de la negociación privada.

La libertad de las partes, aludida en el art. 958, se basa en la autonomía de la voluntad de los contratantes. Los sujetos únicamente pueden negociar condiciones si tienen una voluntad autónoma que no esté afectada por vicios que arruinen el discernimiento, la intención y la libertad del sujeto. La regla general sigue siendo la autonomía privada y la excepción la intervención del contrato cuando aparecen violaciones al orden público. Se parte de la idea de libertad y se recurre a la intervención oficial solamente cuando esa idea de libertad tiene alguna falla(28).

Sin embargo, la realidad contractual de nuestros días es inversa: en muy pocos casos la autonomía de la voluntad es el elemento predominante del negocio jurídico. He aquí el primer tropiezo del Derecho Privado: se parte de un sujeto en el que predomina sus aspectos racionales, omitiendo que la inmensa mayoría de las decisiones que tomamos a diario, son más emocionales, más compulsivas y más sesgadas que subordinadas al dictamen de la razón. Desde las neurociencias, los autores se cansan de decirnos que dejemos de ver al sujeto como entes puramente racionales disociados de su actividad emocional consciente e inconsciente. Así, Helena Matute (Psicóloga, Universidad de Deusto, Bilbao, España), nos señala que: No podemos detenernos en todos y cada uno de los engaños y errores conocidos de nuestra mente, pero lo que me gustaría especialmente es poder transmitirles la idea de lo falibles y poco racionales que somos todos, para que ustedes, una vez se convenzan de que no son esos seres racionales que creen ser, acepten humildemente que están sesgados..., que cometen tantísimos errores... , y que a partir de ahí podamos empezar poco a poco a leer más, y a poner remedio a toda esta carga de los sesgos que llevamos encima(29).

A estas alturas del siglo 21, pensar al derecho sin entender los sesgos, conscientes e inconscientes del comportamiento humano, y sin tener

conocimientos mínimos de las nuevas teorías de la psicología cognitiva es hacer leyes, equivale a vaciar de todo contenido a la ciencia jurídica.

Desgraciadamente, algo esto nos está pasando a los doctrinarios nacionales. Hasta ahora no fuimos capaces de advertir que los pilares del derecho privado tradicional se han derrumbado, siendo necesario establecer los nuevos cimientos. Seguimos enseñando en nuestras universidades un derecho que no es clásico, sino anacrónico porque está dirigido a un sujeto puramente racional que no es real. Es hora de dar vuelta la página de un derecho que sostiene como hipótesis fundante del sistema que tomamos decisiones inspiradas en el discernimiento y la intención.

iv) El comienzo del fin de la autonomía de la voluntad: la constitucionalización del derecho privado.

En los últimos tiempos se ha convertido en un lugar común hablar de una novedosa constitucionalización del derecho privado. Se trata de una noción que, en definitiva, representa una mayor intervención del Estado en las relaciones jurídicas privadas. Ricardo Lorenzetti, uno de los protagonistas centrales de esta vanguardia académica, señala algunos rasgos característicos de este concepto: (30).

La cercanía entre lo público y lo privado que destaca Lorenzetti, no puede implicar otra cosa que no sea una mayor intervención oficial en el ámbito de la contratación privada que, a su vez, determina una mayor restricción de la autonomía de la voluntad. El contraste entre la injerencia estatal y el retroceso del individualismo resalta el interés que este tema tiene para nuestro trabajo. El citado autor refuerza la idea y sostiene que: El ámbito público se ha contractualizado, ya que se han impuesto los análisis de Rawls en el derecho político y la base contractualista en las decisiones colectivas. Como ya lo hemos señalado, el origen de la ley es similar al de un contrato, porque requiere del consentimiento y del acuerdo. En el orden privado, inversamente, avanza el orden público en numerosas situaciones... (31). La mención a John Rawls (1921 - 2002) nos permite inferir que Lorenzetti auspicia una intervención racional del Estado que morigere la disparidad que adolecen los contratantes en el ámbito del derecho privado (32).

Sin perjuicio de compartir el contenido teórico de estas reflexiones, no podemos soslayar que ellas describen un deseo que, desafortunadamente, no es representativo de la realidad de nuestro derecho privado donde aún se siguen celebrando muchos contratos estructuralmente abusivos que son autorizados por las agencias oficiales de control (p.ej., Superintendencia de Seguros de la Nación) y tolerados por la Corte Suprema de la Nación (33).

v) Las idas y vueltas de nuestra jurisprudencia Desafortunadamente, en nuestra jurisprudencia, la proximidad entre el derecho privado y el público no es más una declamación doctrinaria autoelogiosa sin correlato en la jurisprudencia (34). Las sentencias que diariamente vemos no concuerdan con la descripción enfática y optimista que parte de la doctrina realiza al referirse a la mentada constitucionalización de los derechos privados (35). Por el contrario, cada vez que llegan a tribunales pleitos que involucran a compañías de seguros, la balanza que mide los pesos constitucionales se inclina en favor de las aseguradoras, desautorizando a los doctrinarios que, dando muestras de un cierto aislamiento de la realidad, hablan de una 'humanización' de los derechos del consumidor (36).

No podemos omitir mencionar que la Corte Suprema suele dictar fallos que derrochan elogios en favor de la más tajante divisoria entre los ámbitos público y lo privado de contratación, sin contemplar ninguna manifestación de la supuesta 'constitucionalización del derecho privado' tan pregonada por la doctrina de van-guardia.

A modo de ejemplo, podemos recordar que en el caso "Flores v. Giménez" (junio de 2017) la Corte Suprema dijo: ... Que sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños padecidos por las víctimas constituye un principio constitucional que debe ser tutelado y que esta Corte ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre

los otorgantes (arts. 957, 959 y 102, Cód. Civil y Comercial de la Nación) pues los damnificados revisten la condición de terceros frente a aquellos que no participaron de su realización, por lo que si pretenden invocarlo, deben circunscribirse a sus términos (art. 1022, Cód. Civil y Comercial de la Nación) (37).

La Corte Suprema permanece ajena a la constitucionalización de los derechos. En otros trabajos hemos criticado severamente esta posición que juzgamos muy regresiva de la Corte Suprema en materia de contratos de seguros(38).

Empero, mucho más importante que nuestra crítica es la que realizan otros fallos recientes que parecen más ajustados a los tiempos que corren y a la constitucionalización de los derechos.

Así, en el caso Papagno, Mariela v. Lado, Daniel, y otros, la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (septiembre de 2017) el juez Liberman señaló en su voto: Estoy acercándome al final de mis días como juez con más incertidumbre que certezas. Creía que la ley, que el Derecho, estaban para dar a cada uno lo suyo; que nuestro país institucionalizado iba en pos de afianzar la justicia y promover el bienestar general. Creía que los derechos humanos eran de los seres humanos y no de las compañías de seguro. Creía en muchas cosas e instituciones. Creía que el Derecho argentino era bastante más que el art. 68 de la ley 24.449 (literal o torcidamente interpretado) y los arts. 109 y 118 de la ley de seguros. Esta creencia surgía de los estudios de doctrina y jurisprudencia. Pero parece que cuando se trata de ver cómo manejar ciertas cuestiones del seguro contra la responsabilidad civil, el máximo tribunal nacional (o una mayoría de él) limita el Derecho a esos pocos artículos de sendas leyes. No hay Constitución nacional, no hay tratados internacionales, no hay a considerar un sistema, un plexo normativo de rango inferior. De modo que la única certeza que tengo es que nací en el siglo XX. Creí que estaba transitando el siglo XXI. Tengo ahora la sensación de que estoy envejeciendo en el siglo XIX(39).

Y más adelante, el mismo fallo dice: Es francamente llamativa la omisión de la Procuración y la Corte relativa a las normas tuitivas de los consumidores. Esta absoluta prevalencia de la ley de seguros y de lo que dispuso arbitrariamente la Superintendencia del ramo, desgajándola del sistema jurídico argentino como un todo, y de la Constitución -su pilar y vértice-, parece ir de la mano con ese perimido criterio de regular las relaciones entre proveedores y consumidores a través de normas comerciales, interpretadas por jueces comerciales... No alcanza con llenarse la boca o hacer correr ríos de tinta con los derechos humanos. Los jueces debemos hacer su defensa to-dos los días en cada caso, por minúsculo que sea. Esa doble obligación resarcitoria, concurrente con la del responsable primario, estriba, por un lado, en el fraude a la ley...(40).

Para terminar, y sin perjuicio de las críticas apuntadas, debemos reconocer el surgimiento de una doctrina y una jurisprudencia nacional que procura lograr un acercamiento real entre el Derecho público y el privado(41).

Notas al pie:

1) Fernando Shina, Doctor en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2019.

2) Rivera, Julio César, Medina Graciela, Derecho civil y comercial, Parte General, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017, p.15.

3) Mosset Iturraspe, Jorge en: Alegria - Mosset Iturraspe, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-1, Eficacia de los derechos de los consumidores, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 14.

4) La responsabilidad civil debe resarcir daños, no teniendo por misión a acoger meras susceptibilidades o afanes crematísticos desbordados. No comprender ello equivale directamente a no entender qué es sustancialmente la responsabilidad civil o a confundirla con la seguridad social, lo que es inaceptable legal y conceptualmente. La ideología de la reparación ha pretendido ir desgranando o disolviendo cada uno de los cuatro presupuestos clásicos de la reparación -daño causado y probado, relación causal adecuada entre el daño y la actuación del dañador, antijuridicidad del daño y factor de atribución de responsabilidad al dañador-, de modo de irlos diluyendo y, finalmente, hacerlos desaparecer. Paralelamente esa tendencia ha sacralizado

al daño, al que pretende entronizar como el único presupuesto importante de la reparación. Uno cuya sola presencia convierte al damnificado en legitimado activo de un resarcimiento. Una segunda manifestación de esta ideología finca en la consideración favorable de la actuación de la víctima, que nunca se aprecia culpable en la medida suficiente para la autorresponsabilidad total o parcial (López Mesa, Marcelo, La culpa, la ideología de la reparación y la responsabilidad civil, Bs. As., Microjuris, 1998, Cita: MJ-DOC-4444-AR | MJD4444).

5) De Lorenzo, Miguel F., Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, Bs. As., La Ley, 19/10/2011, LA LEY 2011-E-1258, Cita Online: AR/DOC/3517/2011.

6) El largo período de diez mil años iniciado con la denominada revolución agraria fue clausurado hace sólo dos siglos por la revolución industrial, que se caracterizó "por el crecimiento de la población, por la aplicación de la ciencia a la industria y por un empleo del capital más intenso y más extenso a la vez", en coexistencia "con la conversión de comunidades rurales en urbanas y con el nacimiento de nuevas clases sociales", y una "oferta más abundante de bienes que se ofrecían al consumidor ordinario" (Ashton). La Era de la sociedad industrial llegó prontamente a su ocaso. ... La nueva realidad provocó modificaciones profundas en las conductas y en las expectativas, produciendo una ruptura en el proceso de endoculturación, mediante el cual se ha mantenido a través de la historia la unidad cultural de las sociedades... La rápida respuesta jurídica a los cambios se explica especialmente porque el Mundo entra en la primera de las Edades de la Historia en la que hay conciencia contemporánea del tránsito a tiempos nuevos y distintos: ... Hoy, por lo contrario, la información en tiempo real de los sucesos del Universo hace posible tener un esquema suficientemente completo de la situación global, y apreciar los síntomas del cambio, y sus consecuencias, simultáneamente con su producción. (Alterini, Atilio A., El consumidor en la sociedad posmoderna, Bs. As., LA LEY, 1996-E-818, RCyS2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001).

7) Las disposiciones generales comienzan con la definición del contrato. Se sostiene que es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Se incorporan algunos principios jurídicos aplicables en la materia, que constituyen la base sobre la cual se asienta la noción dogmática y que son los siguientes: La libertad de las partes para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público. La fuerza obligatoria mediante la cual el contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o en los supuestos que, sobre adecuación del contrato, están previstos por la ley (Zannoni - Mariani de Vidal - Zunino - Shina - Ramos, Código Civil y Comercial..., p. 285).

8) La pobreza constituye un curioso tema para la filosofía reflexiva; solo parece ser apto para el escándalo y la lucha. En la mayoría de los países ricos, la distancia entre las personas de posición acomodada y los pobres es inconmensurablemente grande; en algunos, incluido, Estados Unidos, esa distancia crece sin pausa... Las teorías de la justicia distributiva exhortan de manera casi inevitable a una reforma radical en las comunidades capitalistas avanzadas, donde se las estudia con mayor avidez. Pero la posibilidad práctica de algo parecido a la reforma que propician es remota. (Dworkin, Ronald, Justicia para erizos, trad. Horacio Pons, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 428).

9) Según datos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, a nivel mundial, más de 800 millones de personas aún viven con menos de 1,25 dólares al día y muchos carecen de acceso a alimentos, agua potable y saneamiento adecuados. Ver Informe Naciones Unidas en, <http://www.un.org/es/events/povertyday/>, Captura, 10/12/2017.

10) El tema de la dignidad en su relación con la teoría contractual es un capítulo aún por construir. Indudablemente, la relación entre dignidad, libertad y autodeterminación es compleja, pero puede, al mismo tiempo, ser trascendente para concebir jurídicamente -más allá de una visión liberal o perfeccionista- una dignidad social compatible con políticas paternalistas, aun en el marco de una sociedad liberal. Esta vía, implica, por un lado, admitir que la dignidad de la persona humana es un objetivo de valor constitucional y, por otro, ratificar la importancia de los derechos sociales

como instrumentos para la remoción de los obstáculos entre la dignidad y la libre construcción de la personalidad, construyendo un contexto en cuyo interior las decisiones de la persona puedan ser efectivamente libres. Una dignidad, diría, no sólo como protección del cuerpo humano contra los avances de la ciencia, sino, también, contra la iniquidad social que afecta la personalidad humana en tanto condicionante del "yo futuro" del individuo a través de las limitaciones materiales y espirituales en las que éste realiza los actos de su "yo presente". La dignidad social, así entendida, sería además consecuente con la manda constitucional que exige del Estado realizar lo conducente al desarrollo humano promoviendo las medidas de acción positiva que garantice el pleno goce y ejercicio de la dignidad (art. 75, incs. 19 y 23 CN). (De Lorenzo, Miguel F., Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, Bs. As., La Ley, 19/10/2011, LA LEY, 2011-E-1258, Cita Online: AR/DOC/ 3517/2011).

11) Según este modo de ver, el gobierno trata a las personas con igual consideración por el mero hecho de permitirles toda la libertad que necesitan para trabajar, comprar y vender, ahorrar o gastar, tal como ellas mismas puedan y estimen mejor. Su riqueza sería entonces muy desigual, porque algunas personas son mucho más talentosas que otras en la producción y la administración, más prudente en la inversión, más frugales en el gasto, y hay quienes tiene inevitablemente más suerte que otras. Pero eso no es cosa del gobierno y, en consecuencia, no puede tomárselo como señal de ninguna falta de igual consideración por los que fracasan...Este argumento es tonto porque supone que el gobierno puede ser neutral en lo tocante a los resultados de la carrera económica. (Dworkin, Ronald, Justicia para erizos, trad. Horacio Pons, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 429 y 430).

12) Sostendré en cambio que las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastante diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo, las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad. (Rawls, John, Teoría de la justicia, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2014, p. 27).

13) Sin embargo, no hay injusticia en que unos pocos obtengan mayores beneficios, con tal de que con ello se mejore la situación de las personas menos afortunadas. La idea intuitiva es que, puesto que el bienestar de todos depende de un esquema de cooperación sin el cual ninguno podría llevar una vida satisfactoria, la división de ventajas debería ser tal que suscite la cooperación voluntaria de todos los que toman parte en ella, incluyendo a aquellos peor situados. (Rawls, John, Teoría de la justicia..., p. 27).

14) La emancipación de la labor y la concomitante emancipación de las clases laborantes de la opresión y explotación, sin duda alguna significó un progreso hacia la no-violencia. Mucho menos cierto es que también significó lo mismo hacia la libertad. Ninguna violencia ejercida por el hombre, excepto la empleada en la tortura, puede igualar la fuerza natural que ejerce la propia necesidad. (Arendt, Hannah, La condición humana, Bs. As., Paidós, 2016, p. 137).

15) Por otra parte, y en sentido contrario a lo que ha sido propio del mercado clásico, en la actualidad la producción no es una consecuencia necesaria de la demanda. Tradicionalmente, la demanda de cierto producto o servicio antecedió a la oferta, y ésta atendía las necesidades insatisfechas. Ahora, en cambio, el productor procura crear las necesidades en el público, orientándolo para que compre productos que, unilateralmente, ha decidido poner en el mercado... A tal fin, provoca una estimulación de la demanda mediante la publicidad; de modo que, en la realidad de los hechos, quien decide qué va a ser consumido es el productor y no el consumidor. Frecuentemente, dicha necesidad es condicionada por mecanismos tendientes a influir los comportamientos de compra, como la manipulación de novedades y de modas, "con sus incesantes metamorfosis, sus sacudidas, sus extravagancias" (Lipovetsky), que insta a la actitud del "yo-también", y a la que contribuye la provocación de la obsolescencia acelerada de ciertos productos, que acorta prematuramente su ciclo de vida útil por el mecanismo de lograr convertirlos en desechos psicológicos, no obstante que todavía conservan sus principales cualidades propias. A través de la publicidad los comerciantes, "en la actualidad, se encuentran, virtualmente, en condiciones de dictarnos los alimentos que comemos, los refrescos o cervezas que bebemos, los cigarrillos que fumamos,

los coches que conducimos e, incluso, al presidente que elegimos" (Meyers). (Alterini, Atilio A., El consumidor en la sociedad posmoderna, Bs. As., LL, 1996-E-818, RCyS2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001).

16) Harari, Yuval Noah, Homo Deus, Joandomenéc Ros (Trad.), Buenos Aires, Debate, 2019, p. 14.

17) Son naturales aquellos hechos en los que, para su producción, obran solamente fuerzas de la naturaleza..., Bueres, Alberto J. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, t. 1 B, p. 117.

18) Finalmente nos encontramos con los 'negocios jurídicos', que son los que realizan las partes con el fin inmediato de autorregulación de sus intereses: crear, modificar, conservar o aniquilar derechos. En este caso, el supuesto jurídico de la norma está integrado por ese propósito inmediato de autorregulación. Los efectos se producen ex voluntate., Bueres, Alberto J. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, t. 1 B..., p. 121.

19) En cuanto a los elementos del acto voluntario no existen diferencias con el régimen anterior, aunque en el art. 260 se aglutinan tanto sus elementos internos -discernimiento, intención y libertad- a que se refiere el art. 900 del código actual como también el elemento externo, esto es, el art. 913 de este último ordenamiento que exige la exteriorización del acto como elemento imprescindible para que aquél tenga relevancia jurídica como tal (Benavente, María I., Los hechos y actos jurídicos en el Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., La Ley, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014, 17/11/2014, 19, Citar online: AR/DOC/3875/2014).

20) Lo interno, no declarado, permanece en la esfera de la intimidad y tiene su visión y juzgamiento en la órbita de lo moral, el derecho no puede adentrarse en su análisis, ni cae bajo su égida. Cuando esos deseos se evaden de su cerrada esfera de lo íntimo es cuando pueden comenzar a tener injerencia y efecto sobre el resto de las personas. Aunque no es posible omitir ni dejar de considerar que, la voluntad interna posee una mayúscula importancia para apreciar las manifestaciones exteriores. Al respecto señala Messineo: "el elemento fundamental del negocio jurídico es la declaración de la voluntad, lo que presupone que exista una voluntad como substrato de dicha declaración, teniendo esa manifestación valor instrumental con respecto a la voluntad. (Campagnucci de Caso, Rubén H., Casos de incoincidencia entre la voluntad y la declaración, Bs. As., La Ley, 28/10/2005, Citar online: AR/DOC/2568/2005).

21) La declaración y la voluntad deben resultar coincidentes, formando de esa manera, una unidad que logrará producir los efectos jurídicos deseados. La voluntad interior que configura el proceso interno del querer del individuo debe corresponderse en plenitud y exactamente con lo manifestado, y en ese caso la ley puede atribuir las consecuencias del acto al sujeto actuante. (Campagnucci de Caso, Rubén H., Casos de incoincidencia entre la voluntad y la declaración, Bs. As., La Ley, 28/10/2005, Citar online: AR/DOC/2568/2005).

22) Creemos que esa unidad entre la actitud psíquica y la exteriorización de ella, descarta la defensa de posiciones extremas dogmáticas (la voluntad o la declaración). Ni el derecho es la voluntad ni podemos retornar al primitivo formalismo romano. La confianza no puede erigirse en elemento estructural del negocio en reemplazo de la voluntad, ni el negocio (bilateral) es la coincidencia de dos declaraciones puramente formales. No hay crisis del contrato como acuerdo de voluntades, sino que hay casos en los que una de éstas se tiene por eficaz, por tal, más allá de que su emisor haya incurrido en error, en tanto en cuanto el vicio carezca de entidad por defecto de los requisitos relevantes. (Bueres, Alberto J., El vicio de error y los requisitos de excusabilidad y reconocibilidad, Bs. As., La Ley, 12/10/2005, Citar online AR/DOC/2207/2005).

23) Finalmente, también tiene incidencia para dilucidar las cuestiones el interés general, que impone seguridad y certeza en el tráfico jurídico: mantener una voluntad defectuosa por lo declarado tiene lógica no porque se oponga al principio de la voluntad, sino a causa de que con sacrificio del susodicho principio en unos pocos casos, se lo hace más ágil, fluido y seguro en la inmensa mayoría de las situaciones en las cuales la actitud síquica y su externalización coinciden (Bueres, Alberto J., El vicio de error y los requisitos de excusabilidad y reconocibilidad, Bs. As., La Ley, 12/10/2005, Citar online AR/DOC/2207/2005).

24) Art. 261 CCyC. Acto involuntario. Es involuntario por falta de discernimiento: a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón; b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido

trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

25) Art. 262. Manifestación de la voluntad. Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material.

26) Llambías, Jorge, Tratado de Derecho Civil. Parte General, t. II, Bs. As., Perrot, 1982, p. 313.

27) El sistema queda ordenado entonces de la siguiente manera: a) Contratos discrecionales: en ellos hay plena autonomía privada. b) Contratos celebrados por adhesión: cuando se demuestra que hay una adhesión a las generales redactadas previamente por una de las partes, hay una tutela basada en la aplicación de este régimen. c) Contratos de consumo: cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el Título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante (Zannoni - Mariani de Vidal - Zunino - Shina - Ramos, Código Civil y Comercial, ..., p. 292).

28) Código Civil y Comercial..., p. 285.

29) Matute, Helena, Nuestra mente nos engaña, Shackelto@books, Barcelona, 2019.

30) La teoría de las esferas independientes hizo que la Constitución fuera prescindible para el derecho privado, y así es que muy pocas decisiones en conflictos particulares, han sido elaboradas a partir de la norma fundamental. Asistimos al reinado de la ley codificada, la que, a través de la exégesis y el silogismo, satisfacía las demandas de seguridad jurídica. Esta situación es distinta en los tiempos actuales, en los que asistimos a una interrelación estrecha entre Código privado y Constitución (Lorenzetti, Ricardo L., Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Bs. As., La Ley, 01/01/2007, Citar online: AR/DOC/9055/2001).

31) Lorenzetti, Ricardo L., La influencia del derecho constitucional en el derecho privado, Bs. As., La Ley, Citar online: 0021/000093.

32) Al principio de la libertad igual, cuando se aplica al proceso político definido por la constitución lo llamaré 'principio de (igual) participación'. Este principio exige que todos los ciudadanos tengan un mismo derecho a tomar parte y determinar el resultado del proceso constitucional que establecen las leyes que ellos han de obedecer. La justicia como imparcialidad comienza con la idea de que, si los principios generales son necesarios y ventajosos para todos, han de ser elaborados desde el punto de vista de una situación inicial de igualdad bien definida, donde cada persona está justamente representada. El principio de participación traslada esta noción de la posición original como sistema supremo de normas sociales para elaborar normas (Rawls, John, Teoría de la justicia, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 210).

33) Ver nuestras críticas severas a los fallos dictados por la CSJ en los casos Buffoni c/ Castro y Flores c. Giménez en:

1) El Caso Buffoni. La resucitación de la Autonomía de la Voluntad. La regresión de la Corte Suprema. Del milagro bíblico al anacronismo jurídico, Buenos Aires, elDial, 5 -09-2016, Citar: DC1D77.

2) Los estados regresivos y la neurosis jurídica. La Corte Suprema y la regresión judicial, Buenos Aires, elDial, 3/11/2017, DC2431.

34) El expansivo acercamiento del concepto de consumidor al de ciudadano y persona, el cada vez más perceptible perfil colectivo y social que exteriorizan los intereses de los consumidores, las analogías que presentan estos últimos con los derechos ambientales cuya "humanización" crece exponencialmente y donde la confluencia de ambos sectores normativos se patentiza en la creciente idea de consumo sustentable (art. 1094, Cód. Civil y Comercial), la mayor visibilidad de la dignidad como leitmotiv del derecho de los consumidores y el carácter fundamental que revisten en algunos modelos constitucionales, constituyen nuevos paradigmas de la naturaleza de los derechos de los consumidores. Y tales nóveles caracteres representan alegables argumentaciones en pos de arrimar conceptualmente los derechos de los consumidores a los derechos humanos (Sahian, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Bs. As., La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

35) Esta temática, aunque todavía en estado de gestación, viene cobrando cada vez mayor impulso. Algunos trazan directamente una identidad jurídica entre los derechos de los consumidores y los derechos humanos. También se alega que, a partir de la reforma constitucional de 1994, los derechos humanos de tercera generación han sido explícitamente "positivizados", entre los que se cuentan los derechos del usuario y el consumidor y los medioambientales (Sahian, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos

de los consumidores, Bs. As., La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

36) Se presentan a continuación solamente algunos pocos fallos recientes que describen el desajuste entre la doctrina y la jurisprudencia señalado en el texto correspondiente a esta cita:

1) Si en el contrato celebrado entre el responsable del accidente de tránsito y el asegurador se estipuló una limitación de cobertura, esta es oponible al tercero damnificado, pues el asegurador...sólo está obligado respecto de aquel en la medida del seguro... (CNCiv, Sala I, 3/08/2017, Bs. As., La Ley, Citar on line: AR/JUR/50658/2017).

2) El plazo de prescripción previsto en el art. 58 de la ley 17.418 es aplicable a una acción contra una compañía de seguros y no el previsto en el art. 50 de la ley 24.240, ya que no puede sostenerse que el plazo de prescripción anual que establece una norma especial pueda considerarse ampliado a tres años por otra que tiene carácter general máximo cuando la solución apropiada es la que consagró la ley 26.994 (CNCom, Sala D, 18/10/2016, Bs. As., La Ley, Citar on line: AR/JUR/83070/201).

3) La compañía de seguros demandada no está obligada a abonar un seguro de vida a favor del cónyuge superviviente de una persona que falleció electrocutada, dado que el causante estaba en estado de ebriedad y dicho supuesto configura la cláusula de exclusión de cobertura dispuesta en las condiciones generales de la póliza contratada; más aún cuando aquel sin ser de profesión electricista intentó manipular cables conductores de electricidad sobre piso humedecido que nadie en su sano juicio manipularía sin protección o conocimientos adecuados... (CNCom, Sala C, 8/03/2017, Bs. As., La Ley, Citar on line: AR/JUR/50658/2017).

4) Corresponde declarar que la condena respecto de la citada en garantía no podrá exceder los límites del seguro, contenidos en la póliza, pues es doctrina constante sentada por nuestro máximo Tribunal que la franquicia prevista en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado, y que la sentencia no puede ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (de la disidencia del Dr. Roberto Parrilli) (Díaz, Héctor R. c/Aranda Miguel Á., y otros s daños y perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 6/10/2015, Bs. As., Microjuris, Cita: MJ-JU-M-95506-AR | MJJ95506 | MJJ95506).

5) Corresponde juzgar que la condena respecto de la citada en garantía no podrá exceder los límites del seguro contenidos en la póliza, atendiendo a evidentes razones de economía procesal, se aconseja no hacer transitar a las partes por una vía recursiva que, al estar a la jurisprudencia, inexorablemente culminará declarando oponible la franquicia existente (de la disidencia del Dr. Roberto Parrilli). (Díaz Héctor R. c/Aranda Miguel Á., y otros s/daños y perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 6/10/2015, Bs. As., Microjuris, Cita: MJ-JU-M-95506-AR | MJJ95506 | MJJ95506).

6) Que, en el sub lite no se advierte que concurra el tercero de los presupuestos mencionados pues ni las constancias obrantes en la causa ni los términos de la pretensión formulada demuestran que el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir en autos pueda verse comprometido si la cuestión no es llevada ante un tribunal de justicia por la asociación actora en el marco de una acción colectiva. En efecto, las particulares características de la cláusula impugnada y las especiales situaciones en las que ésta opera permiten sostener que las víctimas excluidas de la cobertura del seguro cuentan con incentivos suficientes para cuestionar de manera individual su validez, sin que resulte necesario que una asociación asuma la representación de su interés como forma de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva (Consumidores Financieros Asociación Civil p/su Defensa c/Prudencia Cía. Argentina de Seguros Grales. SA s/ordinario, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/11/2014, Bs. As., Microjuris, Cita: MJ-JU-M-90066-AR | MJJ90066 | MJJ90066).

37) CSJ 678/2013, Flores, Lorena R. c/Giménez, Marcelino O., 6/06/2017.

38) Shina, Fernando, Los estados regresivos y la neurosis jurídica. La Corte Suprema y la regresión judicial, Bs. As., elDial, 3/11/2017, DC2431 y El Caso Buffoni. La resucitación de la Autonomía de la Voluntad. La regresión de la Corte Suprema. Del milagro bíblico al anacronismo jurídico, Bs. As., elDial, 5/09/2016, Citar: DC1D77.

39) Papagno, Mariela Silvia c/Lado, Daniel y Otros s/daños y perjuicios (acc.

tran. c/les. o muerte), CNCIV, Sala L, 19/09/2017, (Expte. n° 36.718/10), Citar: elDial.com, AAA292. (Del Voto del Dr. Liberman).

40) Papagno, Mariela S. c/Lado, Daniel, y otros s/daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte), CNCIV, Sala L, 19/09/2017, (expte. n° 36.718/10), Citar: elDial.com, AAA292. (Del Voto del Dr. Liberman).

41) No obstante, cabe constatar una paulatina y mayor constitucionalización de temas de derecho privado. En parte eso ocurre porque las constituciones han sufrido un proceso de inflación normativa, abarcando (a menudo con exceso) temas que otrora se entendían que estaban fuera de su radio de acción. Otra razón es que, con motivo, ciertas cuestiones de derecho privado preocupan hoy en mucho a la sociedad, y eso hace que adquieran interés institucional suficiente como para llevarlas a la Constitución. (Sagüés, Néstor, Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación, Bs. As., Microjuris, 1/02/2003, Citar: MJD 2078).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 7 DE FEBRERO DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01**, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.257 al 264, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.257 al 397, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.265 al 278, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.958, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.959, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.960, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.961*

Procesos colectivos en defensa del consumidor y activismo judicial

FORCINITI, JUAN SEBASTIÁN | TRODLER, GERARDO
Publicación: www.saij.gob.ar, 18 DE MARZO DE 2020

TEMA

CONSUMIDORES-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-ACCIONES DE CLASE-DERECOS DE
INCIDENCIA COLECTIVA-TUTELA JUDICIAL EFECTIVA-ACTIVISMO JUDICIAL

TEXTO

Introducción.

La locución "activismo judicial" fue, posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de EE.UU. alrededor de 1954 cuando se auto-proclamó "activista", muy especialmente bajo la presidencia del Juez Earl Warren, con el célebre caso "Brown vs. Board of Education" del 17/5/1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas norteamericanas.

Lo curioso de este caso, de ahí la posición activista, es que nada se dijo sobre la forma de ejecución de dicha sentencia, ni incorporaba a los cinco chicos demandantes, ni obligaba a las cinco mil escuelas a dejar de lado la norma inconstitucional que beneficiaría a tres millones de estudiantes de color.

Los jueces, en este caso, tuvieron dos caminos, obligaban a acatar la sentencia de cumplimiento imposible o tomaban un rol protagónico político cuya decisión se basaría en tan sólo colocar en la sentencia a la gente que el sistema excluía, demostrando que chocaba con los derechos constitucionales y que estaban en vías de extinción.

La Corte optó por esto último y, al año, es decir, en 1955, las grandes ciudades y los centros marginales habían cumplido la sentencia; los Estados sureños fueron los que más se resistieron al cambio, y recién a los siete años las escuelas lo cumplieron en su totalidad.

Dicha modificación comenzó en el año 1958 con el fallo "Cooper vs. Aaron" en el que la Corte reafirmó su posición, estableciendo su obligatoriedad para la Legislatura y los Tribunales de Justicia de dicho Estado (1).

Si nos convocaran para destacar un aspecto positivo del activismo judicial, diríamos que se trata de una doctrina que posibilita en mayor medida que otras, la consagración de un "Derecho Procesal de excepción"; es decir un ramillete de instrumentos que valora muy especialmente las circunstancias del caso (o sea el ajuste de la decisión judicial a las particularidades de la causa) que revelan que se está frente a un supuesto excepcional que no puede ser objeto de los parámetros corrientes (2).

Dicho ello, la concepción popular de la locución "activismo judicial", refiere a la práctica de magistrados con mayor protagonismo, los cuales suplen las omisiones propias de los restantes poderes del Estado.

En este marco, en materia de procesos colectivos, el fenómeno bajo análisis, ha tenido también diferentes proyecciones.

Así, observamos que, ante la falta de normas específicas de regulación procesal de las acciones colectivas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se vio en la necesidad de tomar una postura activista a fin de no tornar abstracta la protección constitucional consagrada en el artículo 42 de la Carta Magna, respecto de los usuarios y consumidores.

En esta línea, por vía pretoriana, esquematizó las acciones de clase en el ya famoso precedente "Halabi", e incluso dispuso la creación de un Registro de Acciones Colectivas, mediante la Acordada 32/2914 -que funciona el ámbito de dicho Tribunal- y una posterior reglamentación de los procesos colectivos con la Acordada 12/2016.

Es clara la dimensión social del reconocimiento y tutela de los derechos e intereses colectivos.

Ello es advertido por el máximo Tribunal, el cual, ante la omisión de los demás poderes del estado, e inmerso en el fenómeno del activismo judicial, ha intentado suplir las deficiencias existentes.

En este trabajo, abordaremos los diferentes aspectos relativos con los procesos colectivos en materia de consumidores y usuarios, y efectuaremos un análisis de las dos grandes regulaciones contenidas en las acordadas antes referidas junto con los problemas que podrían presentarse al respecto.

Acciones colectivas.

Las "acciones colectivas", entendidas como una forma independiente de proceso judicial, representan hasta el momento la vía idónea para hacer efectiva la tutela de derechos que afectan a una pluralidad o colectivo de personas.

La posibilidad de que se accione colectivamente en defensa de los derechos de consumidores y usuarios, surge expresamente de los artículos 54 y 55 L.D.C.

Repárese en que los reclamos de los consumidores, como casi siempre involucraban sumas de dinero exiguas, no pasaban de plantearse como denuncias ante las autoridades administrativas de contralor. A nivel judicial, por su parte, casi no existían juicios de consumidores que no entrasen bajo la usual denominación de "pequeña causa" (3) .

Ahora bien, las acciones colectivas reconocen un fundamento constitucional, basado en los artículos 42 y 43 de la Carta Magna.

Así, el artículo 42 traza un marco elástico, pero de parámetros inesquivables, para el mercado de consumo y uso de bienes y servicios.

No hay duda de que en aquel marco, aparece un eje direccional hacia el sistema económico que es propio de la democracia social. Las alusiones a la competencia, el control de monopolios, al consumo, etc. Presuponen la existencia del mercado, pero ello no equivale a sostener que el estado retraiga su presencia razonable en el área de la libertad y de la competencia (4) .

En este orden, el artículo mencionado enumera diferentes derechos, a saber:

- 1.El derecho a la protección de la salud;
- 2.El derecho a la protección de la seguridad personal, en cuanto se halle en juego por la índole y calidad de los bienes y servicios;
- 3.El derecho a la protección de los intereses económicos del usuario y consumidor;
- 4.El derecho a la información veraz y adecuada en la oferta y provisión de bienes y servicios;
- 5.El derecho a la libertad de elección;
- 6.El derecho a las condiciones de trato equitativo y digno.

Asimismo, el segundo párrafo del artículo 42, se ocupa de la defensa del consumidor y del usuario por parte del estado, al disponer que las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, al tiempo en que extiende igual obligación de proveer a:

- 1.La educación para el consumo;
- 2.La defensa de la competencia en el mercado;
- 3.El control de los monopolios;
- 4.El control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos;
- 5.La formación y participación de asociaciones de consumidores y usuarios

Finalmente, la norma determina el establecimiento de procedimientos eficaces en orden a prevenir y solucionar conflictos en la triple relación de "consumidores y usuarios - prestadores de bienes y servicios - estado".

Por su parte, el artículo 43, al tratar sobre la acción de amparo, menciona que los derechos de incidencia colectiva (entre los cuales se encuentran los del consumidor), pueden ser defendidos mediante esta vía (5), en referencia a la alternativa de un proceso colectivo contenida la norma bajo análisis.

Es decir, las acciones bajo estudio tienen reconocimiento constitucional y regulación expresa por parte de la ley 24.240.

No obstante, ello, como será analizado en los próximos apartados, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se vio en la necesidad de delinear las características de estas acciones(6).

El precedente "Halabi". Primer signo visible del activismo judicial en la materia.

Expusimos que, la reforma constitucional de 1994, incorporó los derechos de incidencia colectiva, mediante la tutela prevista en los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional, oportunamente analizados.

Ahora bien, al accionar judicialmente en protección de estas nuevas categorías de derechos quedaron en evidencia los límites de las formas procesales actuales. Por ejemplo, en cuestiones como la legitimación activa, los efectos de la sentencia y su afectación al derecho de acceso a la justicia, pago de las costas, la representación que ejercen las asociaciones que propenden a la defensa de esos derechos, medios de notificación, el riesgo en la existencia de sentencias contradictorias con efecto erga omnes, etc.

Como expresa la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el primer paso para superar estas limitaciones es sancionar una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones colectivas y que garantice el derecho de acceso a la justicia cuando este tipo de derechos se vean vulnerados.

La mora legislativa en este sentido, fue el puntapié para que nuestro Máximo Tribunal, en el año 2009, y en un claro ejemplo del activismo judicial, encuentre un caso donde sentar algunos lineamientos fundamentales de cómo deberían los jueces tramitar este tipo de acciones, al amparo de la doctrina sentada en sus famosos precedentes Siri y Kot(7).

Ello ocurrió en el fallo "Halabi"(8). Allí, el abogado Ernesto Halabi, inicio un amparo en contra del Estado Nacional a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.837, también llamada "ley espía", junto con su decreto reglamentario, porque considero que estas normas vulneraban garantías constitucionales al autorizar la intervención de comunicaciones telefónicas y de internet sin determinar en qué casos y con qué justificativos; obligando a las empresas de telecomunicaciones a guardar por 10 años el contenido de las llamadas telefónicas, correos electrónicos, conversaciones de chat y sitios web que efectuaran los ciudadanos.

Los tribunales de primera y de segunda instancia, le dieron la razón y declararon la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas.

No obstante, ello, la Sala II de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal fue más allá y estimó que la sentencia de inconstitucionalidad debía aprovechar a todos los usuarios que no habían participado en el juicio en tanto se estaba afectando un derecho de incidencia colectiva.

Véase aquí, que la sala aludida, atribuyó un efecto erga omnes a su sentencia.

El Poder Ejecutivo Nacional, no interpuso recurso extraordinario en contra de la declaración de inconstitucionalidad, sino únicamente respecto de este efecto expansivo de la sentencia.

Aquí, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, confirmó el pronunciamiento por mayoría (el voto mayoritario firmado por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, mientras que la disidencia parcial fue votada por Fayt, Petracchi y Argibay).

En lo que aquí interesa, el Máximo Tribunal, reafirmó la existencia en el caso de una acción con carácter "colectivo", encuadrándola dentro de la tercera categoría de derechos que instituye el artículo 43 de la Constitución Nacional, es decir, los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Así, destacó que no existe un bien colectivo afectado, sino una pluralidad de derechos individuales enteramente divisibles, los cuales se ven afectados por un hecho único o continuado, que provoca la lesión de todos ellos y, por lo

tanto, es identificable a una causa fáctica homogénea.

En esta línea de pensamiento, concluyó que al existir una homogeneidad fáctica o normativa común a todos esos intereses individuales, bien puede realizarse un solo juicio cuya sentencia tendrá efectos expansivos a toda la clase afectada(9).

Señálese que ante la mora del legislador en regular este tipo de acciones - llamadas comúnmente acciones colectivas o acciones de clase (aunque técnicamente no son equivalentes)-, la Corte entendió necesario delinear ciertas pautas adjetivas mínimas en cuanto a esta figura, dado que el vacío normativo no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas para la tutela efectiva de derechos constitucionales que se dicen vulnerados.

Para ello, recordó su propia doctrina en cuanto a que las disposiciones constitucionales son operativas independientemente de sus leyes reglamentarias, cuya carencia no puede ser obstáculo para la vigencia de tales garantías. Es obligación de los jueces darles eficacia.

Dicho ello, las pautas adjetivas mínimas delineadas por la Corte para la admisión formal de una acción colectiva son las siguientes:

- 1.La precisa identificación del grupo o colectivo afectado;
- 2.La idoneidad de quien pretende asumir su representación
- 3.La existencia de un planteo que va más allá de aspectos individuales y que involucre cuestiones de hecho y de derecho comunes a todo colectivo.

Configuradas estas pautas mínimas (las cuales serían objeto de réplica en diferentes Acordadas posteriores), el Tribunal Supremo entiende que deben arbitrarse procedimientos adecuados para notificar a todas las personas que puedan tener un interés en el resultado del litigio a fin de poder optar por quedar fuera del pleito o comparecer a él.

El antecedente comentado, fue posiblemente, el primer eslabón en la construcción del instituto de la acción colectiva en nuestro país.

Ahora bien, lo interesante de este precedente, además de las pautas procesales antes indicadas, es que la Corte delimitó tres categorías de derechos en materia de legitimación procesal, a saber:

- 1.Individuales: concepción clásica.
- 2.De incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos.
- 3.De incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos: dentro de los cuales se ubican los derechos de los consumidores y usuarios.

Respecto de esta última categoría, reconoció que eran derechos divisibles, pudiendo, por lo tanto, ser afectados individualmente. Asimismo, manifestó que lo colectivo provenía de la existencia de un hecho, único o continuado que provocaba la lesión a todos ellos (lo que se denominó causa fáctica homogénea).

Lo dicho por el Alto Tribunal en "Halabi", fue complementado con un buen número de sentencias posteriores que ayudaron a precisar "la regulación de hecho" de las acciones colectivas, así como los supuestos en los cuales este mecanismo de solución de controversias procedía(10).

En efecto, con posterioridad, la Corte refinó la forma en que debían interpretarse las pautas adjetivas mínimas allí delineadas, en causas como "Padec c/ Swiss Medical S.A./ Nulidad de Cláusulas Contractuales" (21 de agosto de 2013), "Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión" (23 de septiembre de 2014), "Proconsumer c/ Loma Negra y otros" (10 de febrero de 2015) y "Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de los Derechos c/ INSSJP" (10 de febrero del 2015), entre otras.

Finalmente, cabe poner de resalto que, a 10 años de haberse dictado este precedente, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, abiertamente, señaló la omisión legislativa por los restantes poderes del estado, a fin de que se dicte una ley reglamentaria de las acciones colectivas, aun no existe base procedimental que regule el ejercicio de los derechos analizados, a pesar de diversos proyectos que se han presentado.

Acordada 32/2014. Creación del Registro Público de Acciones Colectivas. Segundo signo visible de activismo judicial en la materia.

Resulta importante, a fin de abordar el tema propuesto, recordar los antecedentes expuestos por el Máximo Tribunal al momento de disponer la creación de un Registro Público de Acciones Colectivas.

En este orden, destaca como más importante argumento, la verificación de un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provenían de diferentes tribunales del país, lo cual fue puesto de manifiesto en la sentencia dictada el 23 de septiembre en la causa M. 1145. XLIX. "Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo".

Sobre esta base, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, subrayó las graves consecuencias que esa reproducción de actuaciones causa en una racional y eficiente distribución de los limitados recursos materiales y humanos, en la razonable duración de los procesos judiciales y, con particular énfasis, en la gravedad institucional a que da lugar el escándalo jurídico que genera la existencia de sentencias contradictorias de distintos estrados, o de decisiones de un tribunal que interfieren en la jurisdicción que está ejerciendo otro órgano judicial (voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Maqueda, considerando 7°; voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 10°).

Así, justificó la creación de un registro, que propende asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso(11).

Advertimos en este punto, que la cabeza del poder judicial, se atribuye funciones que podrían considerarse propias de los otros poderes del Estado, bajo dos argumentos centrales: 1) la gravedad institucional, respecto del peligro que representaría el dictado de sentencias contradictorias y 2) la tutela judicial de los derechos de aquellas personas involucradas, teniendo en cuenta las características expansivas de la sentencia a dictarse.

En lo que sigue, no caben dudas de que su contenido no se limita solo a la creación de un Registro único de Acciones Colectivas, sino que trae aparejadas una serie de disposiciones de corte netamente procesal(12) (13).

Dentro de los aspectos más relevantes de la acordada podemos enumerar:

1. Establece el deber de inscribir ordenadamente todos los procesos colectivos
2. Exige el dictado de una resolución en la que: a) se declare formalmente admisible la acción colectiva; b) se identifique en forma precisa el colectivo involucrado en el caso; se reconozca la idoneidad del representante y c) se establezca el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio.

3. Dispone que deberán inscribirse en el registro todas las resoluciones ulteriores dictadas durante el desarrollo del proceso.

4. Reconoce cierta retroactividad en su aplicación.

Seguidamente, analizaremos las implicancias de estas disposiciones.

I. Nueva resolución interlocutoria:

La reglamentación en bajo análisis estableció la necesidad de dictar una resolución que determine la viabilidad de la acción colectiva, el colectivo identificado, la idoneidad del representante y los mecanismos de comunicación.

Ello implica una carga para los magistrados que deberán efectuar un análisis más detallado al inicio de cada actuación a la luz de lo normado por la ley 24.240.

Esto puede generar (y en los hechos lo hizo) la paralización temporal de todas las acciones colectivas, dado que la acordada la exige incluso en aquellas acciones que se encuentren iniciadas y en trámite.

Por otro lado, la acordada no establece pautas respecto de la apelabilidad de esta resolución, por lo cual se entiende que queda sujeta a los plazos de apelación y a los recursos previstos en los códigos procesales de cada

jurisdicción.

Dicho ello, el escenario es el siguiente: cumplidos los requisitos de la demanda, el magistrado deberá expedirse sobre la viabilidad de la acción en la forma pretendida.

Lógicamente podría optar por dos soluciones: a) entender que no se reúnen los requisitos para abrir una causa de características colectivas y disponer su rechazo; o b) disponer la apertura de la acción colectiva, resolución que deberá contener una serie de requisitos que entendemos esenciales, definidos en "Halabi" y luego exigidos en la Acordara 12/2016.

II. Determinación de la idoneidad de los representantes:

Deja al arbitrio de los Magistrados la elección de los parámetros para determinar la idoneidad de los representantes. Esto puede llevar a situaciones contradictorias en las que el titular de un juzgado entienda que una asociación no es idónea para ejercer la acción colectiva mientras que otro puede interpretar que la misma asociación es la idónea para llevar adelante una acción de este tipo.

En la práctica se observa que la mayoría de las resoluciones judiciales hasta el momento centran su análisis en cuestiones de inscripción, registración y autorización para funcionar, lo que se vincula con la legitimación como tal.

Este análisis resulta peligroso, dado que el juez al reconocer "idoneidad" mediante tales parámetros estaría adelantando su decisión sobre la legitimación del representante y, consecuentemente privando a la parte demandada de disponer de una defensa en tal sentido(14).

Este detalle no es menor, en tanto pareciera dejar abierto al arbitrio de los Magistrados la elección de los parámetros para determinar la idoneidad de los representantes.

En este marco, donde se exige su acreditación, pero no se definen sus alcances, creemos necesario delimitar el contenido de la "idoneidad" como requisito de la representatividad colectiva.

Para ello es preciso comenzar por definir el término idoneidad según las normas que rigen en lenguaje común.

Así, y conforme predica la Real Academia Española, el mismo refiere a la calidad de idóneo, esto es, adecuado y apropiado para algo.

Es decir, podríamos definir "idoneidad" como la aptitud (adecuada y apropiada) para ejercer la representación colectiva(15).

Aun así, subyace una pregunta:

(Cómo se mide la aptitud para ejercer la representación colectiva?)

En esta línea de desarrollo, resulta útil la postura asumida por los tribunales de los Estados Unidos de Norte América que hasta 1974 exigían también demostrar la posibilidad cierta de tener éxito en la acción emprendida; lo cual fue derogado por la Corte Suprema en el precedente *Eien v. Carlisle & Jaquelin*.

En lo que aquí interesa, a efectos de establecer una adecuada representación, se hace especial hincapié en las condiciones personales tanto de los representantes (motivos para plantear la acción, interés en su resultado y habilidades para proseguir la acción y suficiente respaldo económico para afrontar los costos del pleito); como de sus abogados (experiencia en este tipo de acciones y reputación en la comunidad).

En este punto, uno de los factores críticos a analizar es el de los conflictos de intereses que puedan darse entre los representantes y demandados.

También debe analizar el tribunal si existen otras vías procesales más idóneas, la existencia de litigios pendientes sobre la misma cuestión, si la jurisdicción elegida es la adecuada para la solución de la controversia y un análisis costo-beneficio para determinar la conveniencia de tramitar la acción de clase(16).

En esta línea, señala Martínez Medrano(17) que, si quien presenta la demanda

es un actor "institucional", la idoneidad se presume. Ello porque si el actor es el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o las ONG con objeto específico en la defensa de los consumidores, la legitimación les proviene del art. 43 CN y por lo tanto la reglamentación no puede coartar la garantía constitucional.

Asimismo, en el plano legal, las asociaciones resultan autorizadas a litigar colectivamente según el propio art. 52 LDC, e incluso por el art. 55 que se refiere a las acciones colectivas y legitima como actores a las asociaciones. Basta la mera inscripción en el registro de asociaciones de consumidores para poder litigar en una acción colectiva.

Sin embargo, consideramos que esta mirada se encuentra limitada a aspectos formales como reconocimiento legislativo y registración correspondiente, los cuales se asocian con la legitimación procesal y no tanto con la aptitud del representante(18).

En efecto, creemos importante señalar que el concepto de idoneidad debe ser abordado de forma independiente al concepto de legitimación.

Así, puede darse el supuesto de asociaciones que se encuentren formalmente legitimadas para iniciar un reclamo colectivo, sin que ello implique per se que estas sean idóneas a tales fines.

Por otro lado, entendemos que la idoneidad, como requisito, es "dinámica", con lo cual podría verse alterado durante el devenir del proceso.

Esta particularidad pone en cabeza del Magistrado, como director del proceso y encargado de velar por la adecuada protección del consumidor (conforme imponen los principios que emanan de la Ley 24.240), el deber de evaluar el mantenimiento de esta aptitud durante toda la tramitación del proceso, de principio a fin.

Así, como contrapartida, creemos que la resolución en virtud de la cual se desconozca la idoneidad de una asociación para ejercer la representación de determinada clase, no hace cosa juzgada, en tanto el carácter dinámico de tal requisito permite someter la cuestión nuevamente a evaluación.

En este punto, parece claro que el análisis debería concentrarse en la cualidad jurídica del representante (persona física o jurídica) en torno al caso en particular.

Para ello podría recurrirse a distintos parámetros como, por ejemplo: a) credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia, b) antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase, c) su conducta en otros procesos colectivos, d) el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de esta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase, e) proyección nacional, trayectoria y formación jurídica.

III. Conexidad:

Se plantean problemas referidos a la competencia toda vez que la resolución no establece los criterios a seguir para determinar qué Tribunal deberá seguir las causas ya iniciadas y la acumulación de las nuevas.

Sobre este punto volveremos al momento de analizar la Acordada 12/2016.

IV. Novedad respecto del mecanismo de notificación:

La acordada abre la posibilidad de que las partes propongan mecanismos de comunicación tomando en cuenta los efectos de este tipo de sentencias.

De esta forma, podrían aparecer formas de notificación más modernas y económicas que los clásicos edictos judiciales.

Existe una preocupación frecuente sobre la publicidad de las acciones colectivas, ya que es realmente difícil lograr que todos los consumidores afectados (o la mayoría de ellos aunque sea) tomen conocimiento efectivo de la existencia de una acción colectiva en la cual están siendo representados(19).

Resulta necesario señalar que la información es hoy en día parte necesaria de la prestación del servicio de justicia, y ello ha sido puesto de manifiesto en diferentes oportunidades por el Máximo Tribunal como política institucional

(vgr. Mediante la implementación del CIJ -Ac. CSJN 9/2012-).

En efecto, facilitar el acceso a la información redundante en la prestación de un servicio de justicia "transparente", lo cual otorga seguridad jurídica.

En la actualidad, las aplicaciones de nuevas tecnologías son de gran ayuda para lograr la efectiva y masiva comunicación, lo cual consideramos que ha sido advertido por la Corte al momento establecer este punto, sobre todo en materia de derechos del consumidor y usuario, atento al interés general de toda la comunidad.

Recuérdese aquí, que en el precedente "Halabi", la Corte destacó lo esencial de arbitrar un procedimiento apto para la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en el como parte o contraparte.

Tal criterio fue reiterado en el caso "Padec".

Como se puede observar, la publicidad de las acciones se relaciona con la previsión normativa contemplada en la LDC: 54, según la cual la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el accionado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto para aquellos que manifiesten su voluntad en contrario, previo a la sentencia, en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

Entonces, como principio general, la sentencia que admite la pretensión no solo hace cosa juzgada para las partes -como fuera expuesto en el punto correspondiente al efecto de la sentencia-, sino también para todos los consumidores y usuarios que se encuentren en similares condiciones; siendo el supuesto de excepción el de aquellos que "manifiesten" su voluntad en contrario.

Ello se conoce como "derecho de autoexclusión", y debe entenderse como una elección de los miembros del grupo mediante el cual se les permite salirse del proceso sin quedar vinculados por su resultado, pero siempre que así lo "manifiesten".

Véase que la publicidad del proceso tiene por finalidad permitir la participación en el debate de todos aquellos afectados y, en algunos casos, ejercer su derecho de autoexclusión, lo cual supone para ellos la previa necesidad de tomar contacto con las actuaciones y por ende tener un conocimiento de su aspecto tanto procesal como sustancial(20).

Finalmente, además de la clásica y ficcionaria notificación por vía de edictos, la práctica ha vislumbrado como medios alternativos:

- a. Colocación de un banner en página web
- b. Envío de pieza postal o resumen electrónico
- c. Publicación estacada en página de internet
- d. Difusión televisiva.

Es dable señalar aquí, que la creación por parte de la CSJN, de un Registro Público de Acciones Colectivas, en el cual se deben inscribir obligatoriamente todos los procesos de esta naturaleza que tramitan en los tribunales del país, tiene una vinculación directa con el punto bajo análisis.

Máxime cuando el registro mencionado, fue dotado con carácter público, gratuito y de acceso libre.

Reglamento de actuación en Procesos Colectivos: Acordada 12/2016. Tercer signo visible de activismo judicial en la materia.

No obstante la cantidad de directrices que fueron sentadas por la Corte a partir del antecedente "Halabi", oportunamente analizadas, e incluso la creación del Registro Público de Procesos Colectivos, mediante la Acordada 32/2014, la práctica demostró la existencia de diferentes problemas interpretativos que se suscitaban entre los Tribunales inferiores en torno a los principios expuestos, que derivaban en la paralización de los procesos, lo cual iba en desmedro de los propios consumidores y usuarios a los cuales se pretendía tutelar.

Ello, fue advertido por el Máximo Tribunal, y motivó una nueva Acordada, en la cual de forma directa legisló (o en sus términos, reglamentó), los procesos bajo estudio.

Así, mediante la Acordada 12/2016, denominada reglamento de actuación en procesos colectivos, una vez más, por motus proprio, frente a la "mora del legislador"(21) y debido a los problemas ocasionados por la difusa interpretación de la Acordada 32/2014, estableció nuevos lineamientos en miras a la constitución de un sistema procesal uniforme en la materia.

Se advierte en este punto, una clara tendencia activista por parte del Tribunal Supremo, quien nuevamente se arrogó funciones legislativas inherentes a otro poder del Estado.

Ahora bien, en lo que aquí interesa, corresponde poner de resalto los distintos aspectos incorporados.

1.Requisitos de la demanda:

El nuevo reglamento dispone que la demanda colectiva deba ser deducida por escrito, para lo cual exige la observancia de los recaudos previstos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (artículo 330).

Sin embargo, se agregan una serie de requisitos "formales", que originariamente fueron exigidos por su predecesora (Ac. 32/2014), como ser: a) la causa fáctica normativa común que provoca la lesión de los derechos, b) que la pretensión este focalizada en los efectos comunes, c) la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado.

Asimismo, deberá: 1. Identificar el colectivo involucrado, 2. Justificar la adecuada representación del colectivo, 3. Denunciar con carácter de declaración jurada si ha iniciado otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva y, en su caso, la individualización de las causas y tribunal donde se encuentren radicadas, 4. Realizar la consulta al Registro Público de Procesos Colectivos, respecto de la existencia de otro proceso en trámite con sustancial semejanza.

En este punto, se vislumbra un problema interpretativo respecto de que debe entenderse por "sustancial semejanza"(22).

La primera de las Acordadas, hablaba de objetos idénticos o similares, lo cual también representaba una ambigüedad interpretativa que en la práctica llevo a distintos conflictos negativos de competencia.

En lo personal, consideramos que, a pesar de la imprecisión del término, el reglamento alude a objetos idénticos, es decir, que no haya dudas de que se trata de un mismo hecho, un mismo accionar antijurídico, un mismo problema.

2.Competencia:

El nuevo reglamento pretende echar luz al vacío generado por su predecesora.

Así, sin perjuicio de que su aplicación fue diseñada para las causas iniciadas a partir del primer día hábil del mes de octubre del 2016, en su punto IV, precisa los pasos a seguir en el tratamiento de la competencia.

En esta línea, establece que si del informe del Registro Público de Procesos Colectivos, surge la existencia de un juicio en trámite, registrado con anterioridad y que presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, el magistrado requirente deberá remitir, sin otra dilación, el expediente al juez ante el cual tramita el proceso inscripto.

En caso contrario, si considera que no se verifican las condiciones necesarias, deberá hacer constar dicha circunstancia por resolución fundada y pone en cabeza del magistrado la obligación de dictar una resolución en la que determine si su radicación ante el tribunal resulta procedente.

En caso afirmativo, comunicara la decisión al tribunal donde se inició el proceso.

En ambos supuestos, se debe notificar al Registro Público de Procesos Colectivos.

Adviértase en este punto, que el reglamento en análisis, trasciende y va un más allá al reconocer en su apartado VII cierta "atracción" generada por este

tipo de causas bajo el título de "prevención"(23).

Véase que expresamente establece que la inscripción (es decir, la registración) del proceso produce la remisión a dicho tribunal de todos aquellos procesos cuya pretensión presente sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva.

En este orden de ideas, consideramos que se implementa un fuero de atracción virtual, sin fundamento en la universalidad del patrimonio, como sucede en materia de concursos y quiebras e incluso en materia de sucesiones, sino en virtud de la semejanza sustancial de pretensiones y la finalidad de evitar sentencias contradictorias.

Pareciera claro que la mejor opción a fin de asegurar el correcto funcionamiento del instituto sería la de incorporarlo con las mismas exigencias y alcances previstos para los juicios universales por Decreto Ley 3003.

De esta forma, se eliminaría el elemento discrecional de los tribunales en cuanto a los plazos para proceder a la inscripción de cada causa e incluso la propia voluntad de las partes las cuales podrían dilatar el cumplimiento de los recaudos a fin de "seleccionar" el juzgado que les resulte más conveniente según sus propios intereses.

3.Nueva resolución interlocutoria:

Finalmente, el reglamento impone una suerte de resolución interlocutoria que se ubica de forma posterior a la audiencia prevista en el Cpr: 360 (audiencia conciliatoria prevista en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), la cual permite que el magistrado ratifique o formule las modificaciones necesarias la resolución de inscripción referida en el apartado V y determine los medios más idóneos para otorgar publicidad a la existencia del proceso.

En este punto, se hace referencia a ratificación de la inscripción -o en su caso modificación-, en la inteligencia de que, transcurrida la audiencia preliminar prevista por el código de rito, el magistrado contara con mayores elementos para determinar la procedencia del reclamo colectivo.

Dicho esto, cabe preguntarnos si podría, por el contrario, denegar la vía colectiva en este punto por entender que el reclamo no reúne los requisitos suficientes o no justifica el medio colectivo.

Consideramos que nada obstaría el rechazo de la acción en su faz colectiva en este punto, dado que la propia Acordada brinda una nueva oportunidad procesal al juzgador para poder analizar (una vez que tomo contacto directo con las partes) la procedencia o no del reclamo en la forma pretendida, permitiendo que este forme convicción tanto a favor como en contra de la vía elegida.

Costos del proceso. Cuarto signo visible del activismo judicial en la materia.

Un último aspecto en el que se pudo observar cierto activismo judicial, es aquel referido a la asunción de los costos del proceso.

Básicamente, podríamos sintetizar la discusión en torno a la interpretación de la locución contenida en la LDC: 24.240 referida al "beneficio de justicia gratuita" y su extensión práctica.

Así, encontramos una corriente jurisprudencial que podríamos definir como "restrictiva" y una "amplia", que asimila la figura al beneficio de litigar sin gastos.

Recordemos en este punto, que el beneficio de litigar sin gastos, como tal, encuentra sustento en dos preceptos de raigambre constitucional: la garantía de defensa en juicio y la igualdad ante la ley, ya que por su intermedio se asegura la prestación del servicio de justicia, no ya en términos formales sino con un criterio que se adecua a la situación económica de los contendientes(24).

Podríamos afirmar, que se trata de la franquicia que se concede a ciertos litigantes de actuar sin la obligación de hacer frente a las erogaciones que, naturalmente, podría demandar la tramitación de un juicio (lo que solemos denominar costas y gastos del proceso), sea provisoria o definitivamente.

Este beneficio, es específico para un proceso determinado, personal e intransferible.

A nivel nacional, el instituto se encuentra previsto en el Capítulo VI, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Así, el artículo 78 de dicho cuerpo normativo, prevé la posibilidad, para aquellos que careciesen de recursos, de solicitar antes de presentar la demanda o en cualquier estado del proceso, la concesión del beneficio de litigar sin gastos.

Ahora bien, en lo que aquí interesa, en materia específica del consumidor, el último párrafo del artículo 53, de la ley 24240, expresamente establece que las acciones judiciales iniciadas de conformidad con dicha ley, gozan de "beneficio de justicia gratuita".

A su vez, en lo que a reclamos colectivos respecta, el artículo 55 dispone que las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses colectivos cuenten con idéntico beneficio.

El beneficio consagrado por la ley de defensa del consumidor, históricamente fue objeto de discusión en cuanto a su alcance -sin que a la fecha exista consenso al respecto-.

Partimos de la base de que este beneficio, está destinado a garantizar el pleno acceso a la jurisdicción, sin que existan elementos de carácter patrimonial que la obstaculicen.

Observamos que, en la práctica, muchos tribunales sostienen que, una vez sorteada tal dificultad, el litigante queda sometido a los avatares del proceso, incluido el pago de las costas, las que no son de resorte estatal, sino que constituyen una retribución al trabajo profesional de los letrados y demás auxiliares de justicia de carácter alimentario.

Ilustrador sobre esta tesitura, resulta el voto en disidencia de la Dra. Villanueva en los autos "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Caja de Seguros S.A. s/ Ordinario", del 30.08.2012, al señalar que el beneficio de justicia gratuita contemplado en los art. 53 y 55 de la ley 24,240, es un instituto diferente al llamado beneficio de litigar sin gastos.

Allí recuerda lo sostenido por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en varios precedentes (Sala A, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Banco Macro S.A. s/ Beneficio de litigar sin gastos", del 10.05.11; id. "Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ BBVA Banco Francés S.A s/ Beneficio de litigar sin gastos", del 23.10.09; Sala B, "Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Prov. De Serv. De A.C. c/ Bankboston S.A. s/ Beneficio de litigar sin gastos", del 06.08.10; Sala D, "Adecua c/ Banco BNP Paribas S.A. S/ Beneficio de litigar sin gastos", del 4.08.12; Sala E, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco Bisel S.A. s/ Beneficio de litigar sin gastos", del 14.09.11), para establecer los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, el hecho de que, desde el punto de vista semántico, el beneficio de litigar sin gastos abarca los gastos generados por la totalidad de las actuaciones judiciales -no solo el pago de tasas y sellados sino también la eximición de costas-, mientras que, en cambio, el beneficio de justicia gratuita, concierne solo a la necesidad de no impedir el acceso a la justicia, el que no debe ser conculcado mediante imposiciones económicas.

De ello se deriva que una vez franqueado dicho acceso, el litigante queda sometido a las resultas del proceso, incluido el riesgo de tener que afrontar las costas, las cuales, como ya se dijo, son de carácter alimentario por ser consecuencia del trabajo profesional de los abogados y demás auxiliares de la justicia.

b) De otro lado, los antecedentes parlamentarios vinculados con la cuestión permiten arribar a igual conclusión en punto a que la justicia gratuita, no implica un avance sobre las costas del proceso que regula la LDC.

Ello resulta del hecho de que mientras varios de los proyectos que precedieron al dictado de esa ley incluían expresamente la incorporación automática del beneficio de litigar sin gastos, la norma que finalmente se

sancionó opto por limitarse a reconocer el acceso a lo que denomino justicia gratuita, exhibiendo así la clara intención legislativa de establecer un alcance distinto a la cuestión.

c) Este mismo concepto ha sido incorporado en el derecho laboral, en cuyo ámbito los trabajadores gozan del beneficio de gratuidad, sin que esto los exima de abonar las costas en caso de resultar vencidos (art. 20, ley 20.744).

Las diferencias entre una y otra noción, sostiene, no pudieron ser ignoradas por el legislador, ya que no cabe presumir que haya ignorado que tal diferencia se hallaba instalada en el derecho argentino, como se confirma a partir de la regulación del procedimiento laboral efectuada por distintas provincias de la Republica.

Desde tal perspectiva, no es posible suponer que la ley haya concedido mayor protección al consumidor que al trabajador.

No obstante, la postura expuesta, se advierte que, a la fecha, no existe consenso entre las diferentes salas que conforman el Tribunal de Alzada Comercial, respecto del alcance del instituto.

En el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los últimos años, ha adoptado una postura que pareciera equiparar ambos institutos.

Este criterio ha sido adoptado por el Máximo Tribunal en autos "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ Ordinario".

En dicho fallo, la CSJN, dejó sin efecto cierta imposición de costas por entender que se había omitido valorar que resultaba aplicable el último párrafo del art. 55 LDC.

En conclusión, la cuestión relativa a los alcances de la gratuidad consagrada en los artículos 53 y 55 de la ley de Defensa del Consumidor, no se encuentra por el momento zanjada y sigue dando batalla a nivel jurisprudencial mediante decisiones dispares, pero se advierte una tendencia por parte del máximo tribunal a llenar de contenido la locución empleada por el legislador.

Notas al pie:

1) Conf. MARANIELLO, Patricio Alejandro, "El activismo judicial una herramienta de protección constitucional", disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>.

2) Conf. PEYRANO, Jorge w., "Sobre el activismo judicial", disponible en <http://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/centrounico/EscuelaUnica/2009/peyrano/activismo.doc>.

3) Conf. CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, "Estatuto del consumidor comentado", Ed. La Ley, Bs. As. Pág. 383.

4) Conf. BIDART CAMPOS, German J., "Compendio de derecho constitucional", Ed. Ediar, Bs. As., pág. 118.

5) Conf. CHAMATROPULOS, op. Cit. Pág. 384.

6) Resulta interesante en este sentido en análisis efectuado por el doctor Demetrio Alejandro Chamatropulos en su obra "Estatuto del consumidor comentado". Allí, efectúa una enumeración de los distintos casos en los que el Alto Tribunal se pronunció respecto de las acciones colectivas: 1. En el año 1997 se señaló que el art. 43 CN, otorgaba legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios, contemplándose así nuevos mecanismos tendientes a proteger a estos sujetos, 2. Un año después rechazó el pedido de una asociación de consumidores que había invocado la afectación de los derechos constitucionales de los usuarios de servicios públicos contra la intervención a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones dispuesta por un decreto del Poder Ejecutivo, 3. En 2002 la Corte se declaró incompetente frente al reclamo de un usuario de las instalaciones aeroportuarias que actuó en nombre propio y en el de una asociación de consumidores que representaba. En el cas se había pedido, con carácter de juicio de conocimiento que se habría de entablar contra la provincia de San Luis, una medida cautelar con el objeto de que esta se abstenga de entregar, por contratación directa, la concesión de un aeropuerto internacional (.) La Corte Suprema declaró su incompetencia para entender en forma originaria en el juicio, pues considero que el cuestionamiento del a resolución administrativa respectiva no era materia exclusivamente federal sino que versaba, en lo sustancial, sobre aspectos propios del derecho público local, 4. En el 2006 ya se puede

observar un caso donde el voto en disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni comenzó a preparar el camino que iba a formalizarse con el dictado del precedente "Halabi" (.).

- 7) Conf. CSJN, fallos 239.459 y 241.291.
- 8) Conf. CSJN, fallo 332.111.
- 9) Considerando N° 12.
- 10) Conf. CHAMATROPULOS, op. Cit. Pag. 389.
- 11) Conf. A.C. CSJN 32/2014, cons. 1.
- 12) Conf. A.C. CSJN 32/2014, cons. 5.
- 13) Conf. FORCINITI, Juan Sebastián, "Lineamientos procesales de las acciones colectivas: Acordada 32/2014", disponible en <http://www.dpicanatico.com/wp-content/uploads/2015/03/Consumidor-Doctrina-2015-03-24.pdf>.
- 14) Conf. FORCINITI, Juan Sebastián; MARTURANO, Julio Sebastián; TORRES, Hernán Osvaldo, "Algunas ideas sobre los procesos colectivos en defensa del consumidor", Ed. Tahiel, Bs. As., pág. 100.
- 15) Conf. FORCINITI, Juan Sebastián; MARTURANO, Julio Sebastián, "La idoneidad en la representación colectiva", Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación, Numero 1, febrero 2018, CITA: IJ-DCCXXXIX-582.
- 16) MADARIAGA DE NEGRE, Cecilia Gilardi; "La legitimación de las Asociaciones y las Acciones Colectivas - las Acciones de Clase", consultado en http://www.gordillo.com/pdf_unamirada/03denegre.pdf.
- 17) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel A.; "Panorama Jurisprudencial de las acciones colectivas de consumidores. Adecuación de la jurisprudencia de tribunales inferiores al precedente "Halabi" de la Corte Suprema", consultado en <http://seoca.org/secretarias/internacionales/apuntes/0132Visionsobreaccionescolectivapdf>] Cita online: MJ-DOC-4656-AR |MJD4656.
- 18) Conf. FORCINITI; MARTURANO, op. Cit.
- 19) Conf. CHAMATROPULOS, op. Cit. Pag. 409.
- 20) Conf. CNCom., Sala E, en autos "Consumidores Financieros Asociación Civil p/su Defensa c/ Orbis Compañía de Seguros S.A. s/ordinario", del 05.05.15.
- 21) Ver Considerando 10, Ac. 12/2016.
- 22) Conf. FORCINITI, Juan Sebastian, "Reglamento de actuación en procesos colectivos (Ac. 12/2016)", CITA: IJ-DXLVI-795.
- 23) Conf. FORCINITI, Juan Sebastián, "Reglamento de actuación en procesos colectivos (Ac. 12/2016), op. Cit.
- 24) Conf. CSJN, 20.03.2003, Fallos: 326:818.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 18 DE MARZO DE 2020
:
Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.42, Constitución de la Nación Argentina Art.43, Ley 17.454 Art.78, Ley 17.454 Art.330, Ley 17.454 Art.360, DECRETO LEY 3.003/1956, LEY 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/76 Art.20, Ley 24.240 Art.53, Ley 24.240 Art.54, Ley 24.240 Art.55, Ley 24.240

El impacto de las neurociencias en el consumo masivo: el caso de la autonomía de la voluntad

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 9 DE ABRIL DE 2020

TEMA

RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-LIBERTAD DE CONTRATACION-AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD-CONTRATOS DE ADHESION-PUBLICIDAD ENGAÑOSA

TEXTO

a) El desarrollo tecnológico interpela al anacronismo jurídico.

i. Presentación.

Yuval Harari(2) suele formular pensamientos que por un lado atrapan y por el otro inquietan. Su atractivo intelectual es tan fuerte como la resistencia que producen sus ideas. A medida que leemos, sus pensamientos nos van convenciendo pero sus inevitables conclusiones nos hacen retroceder, como si estuviéramos leyendo una novela de terror de Stephen King. Tal es la habilidad de este joven y brillante israelí que reflexiona así: A medida que los científicos conozcan cada vez mejor la manera en que los humanos toman decisiones, es probable que la tentación de basarse en algoritmos aumente. Acceder a la toma de decisiones de los humanos no sola hará que los algoritmos de macrodatos sean más fiables, sino que los sentimientos humanos sean menos fiables. A medida que los gobiernos y empresas consigan acceder al sistema operativo humano, estaremos expuestos a una andanada de manipulación, publicidad y propaganda dirigidos con precisión(3).

Coincidimos con Harari; hace bastante tiempo que la autonomía de la voluntad individual es cuestionada desde la ciencia. De hecho, hay cientos de estudios que aportan evidencias sobre la escasa voluntad que le aportamos a las acciones que realizamos durante el día. El científico argentino Estanislao Bachrach explica todo esto sin dar tantas vueltas: Si prestás atención a tu día, verás que la mayoría de las acciones que realizás no las pensás, son involuntarias(4). En el universo científico ya nadie duda acerca de la debilidad racional del Homo Sapiens, que es algo así como un superhéroe con los papeles de jubilación para que comience su demorada tramitación.

Es preocupante comprobar que, tanto nuestro sistema normativo, como nuestro cuerpo de magistrados y operadores del derecho sigan aferrados a la existencia de un sujeto racional que dispone de voluntad suficiente para tomar decisiones óptimas usando su infalible discernimiento (art. 260 CCyC). Nada de esto es real y todos lo saben. El Derecho no puede seguir encerrando este mundo de mañana, que ya empezó ayer, en teorías que fueron útiles hace un siglo y medio atrás(5).

La comercialización masiva de bienes y servicios cambió definitivamente la teoría general del acto jurídico, la teoría contractual clásica y el derecho de daños. Los nuevos hábitos y tendencias de consumo son determinantes para concluir en la necesidad de modificar profundamente nuestro sistema legal. Sin embargo, aún antes de realizar esas reformas, será necesario cambiar lo que estamos enseñando en nuestras escuelas de derecho. Es preciso examinar más la estructura psíquica del sujeto con la ayuda interdisciplinaria de otras ciencias como la psicología del comportamiento.

Como bien señala Michael Sandel (1953, Universidad de Harvard): Vivimos en una época en que casi todo puede comprarse o venderse. A lo largo de las últimas tres décadas, los mercados, y los mercados de valores, han llegado a gobernar nuestras vidas como nunca antes lo habían hecho. Y esta situación no es algo que hayamos elegido deliberadamente. Es algo que casi se nos ha echado encima(6).

Tiene razón Sandel. Por eso pensamos que el derecho debe atender la compleja vida del hombre en un mercado de consumo que, no solamente es codicioso, sino

que tiene un conocimiento científico y recursos tecnológicos para desafiar con éxito la insostenible idea que postula la libertad contractual. La peor manera de abordar este problema es partiendo de la idea, ya abandonada por la ciencia, de un sujeto cuya voluntad autónoma le permite elegir correctamente entre las opciones disponibles en un mercado que no ofrece opciones.

El siglo veintiuno, en efecto, desafía esa comodidad conceptual implícita en la idea de un libre albedrío totalizador del comportamiento humano. Cierro esta presentación con otra idea de Harari: Tal como habíamos indicado en el capítulo anterior, los descubrimientos científicos sobre la manera en que nuestro cerebro y nuestro cuerpo funcionan sugerirían que nuestros sentimientos no son una cualidad espiritual exclusivamente humana y que no reflejan ningún tipo de 'libre albedrío'. Por el contrario, los sentimientos son mecanismos bioquímicos que todos los mamíferos y aves emplean para calcular rápidamente probabilidades de supervivencia y reproducción(7).

Hasta que no se comprenda que el acto jurídico está más vinculado a reacciones bioquímicas del organismo que al discernimiento individual y autónomo, no podremos ayudar verdaderamente al débil de la relación jurídica. La autonomía de la voluntad, o los retazos que de ella nos quedan, no tiene la preponderancia que el Derecho privado le asignó para la construcción de sus teorías basales. Lo cierto es que una mayor o menor presencia de dopamina en el cerebro hace que nuestro aparato racional, por llamarlo de alguna manera comprensible, funcione de una manera determinada. Esto, naturalmente, no invalida la existencia de un cierto grado de libertad para tomar decisiones o, mejor dicho, para contrariar los impulsos que nos llevan a tomar decisiones.

Nassim Taleb, en su célebre Cisne Negro describe, mucho mejor que nosotros, este asunto de la dopamina y la razón: Una vez más advierto al lector que no estoy centrando en la dopamina como la razón de nuestra interpretación sagrada; lo que digo, por el contrario, es que existe una correlación física y neural con ese funcionamiento, y que nuestra mente es en gran medida víctima de nuestra encarnación física. Nuestra mente es como un preso, está cautiva de nuestra biología, a menos que consigamos dar con una ingeniosa escapatoria(8). La paradoja, de sentido tragicómico, es reconocer que fuimos educados para pensar que el estado de la conciencia era lo que nos hacía libres y terminamos descubriendo que esa libertad vive enjaulada en una prisión del tamaño de un neurotransmisor.

ii) Las Naciones Unidas y el consumo en el siglo XXI.

Al comenzar el siglo XXI, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas elaboró un informe sobre la evolución del consumo a nivel mundial. De hecho, el Capítulo I de ese informe describe las nuevas tendencias mundiales de consumo y el Capítulo III describe el fenómeno de mundialización del consumo sostenible(9).

Veamos los puntos más destacados del informe:

(a) El comercio mundial de bienes y servicios aumentó un 60% en los diez años previos a la entrada del siglo XXI. Un aumento similar registró el consumo per cápita, y el producto bruto interno de los países(10).

(b) La producción y el consumo no sostenibles causan graves perjuicios al medio ambiente, siendo necesaria la firme intervención de los Estados para lograr modalidades de consumo que no sean tan agresivas con el hábitat(11).

(c) El comercio electrónico mediante el uso de Internet aumenta rápidamente año tras año. Es necesario que los Estados intervengan en esta modalidad de consumo que incrementa la vulnerabilidad de los consumidores(12).

(d) En el año 2014 Argentina tenía un universo aproximado de 30 millones de usuarias de internet. En el año 2019, esa cifra se acercó a los 35 millones de personas, lo que implica que ocho de cada diez argentinos están conectados a la red. Dicho de otro modo: prácticamente la totalidad de los argentinos accede a internet. Esto se logró en apenas 10 años porque, hacia el año 2004, el número de usuarios de internet no llegaba a 10 millones(13) y (14). (e) El 93% de las operaciones de e-commerce del año 2018 fueron contratos de consumo concretadas entre proveedores y usuarios o consumidores(15). Ese porcentaje se mantiene intacto en la actualidad, según el último informe estadísticos de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico(16).

Estos estadísticos contienen dos conclusiones irrefutables:

a) las reglas jurídicas decimonónicas son anacrónicas y, por lo tanto, resultan inaplicables en nuestros días;

b) el peso específico del contrato de consumo en la realidad cotidiana justifica la fragmentación del contrato propuesta en el Código Civil y Comercial.

b. La publicidad, el crédito y la contratación masiva.

i) Presentación. Como todos sabemos, la gran mayoría de los contratos que se celebran en nuestros días son de consumo o de adhesión; lo más probable es que sean ambas cosas. Esto significa que los negocios jurídicos de consumo están contenidos en contratos predispuestos por el proveedor que no pueden ser modificados por el adquirente. Esto implica, por añadidura, que, en su gran mayoría, los contratos se concretan sin intervención de la voluntad de una de las partes.

Hace ya varias décadas que la negociación paritaria dejó de ser un elemento central en el armado de los negocios jurídicos porque, entre otras cuestiones, el mercado es impulsado por dos turbinas irremplazables: la publicidad y el crédito. Lo que pone en marcha el aparato productivo no es el deseo de los sujetos de adquirir bienes (demanda) sino la oferta de esos productos que se realizan a través de campañas publicitarias. Por otra parte, todas las ofertas que se lanzan al mercado vienen acompañadas por tentadores créditos que, inevitablemente, ocasionan un endeudamiento imprudente para el tomador de esos préstamos(17).

Thaler y Sunstein se ocupan de este problema, haciendo foco en las tarjetas de crédito. Ellas, sin dudas, constituyen la principal herramienta que utilizamos para tomar deuda cuando estamos escasos de liquidez y sedientos de consumo: La tarjeta de crédito es un elemento ubicuo en la vida moderna. Es casi imposible funcionar en la sociedad sin tener una. Algunos investigadores sugieren que los hogares estadounidenses pueden tener una deuda media con sus tarjetas de crédito de 12.000 dólares(18).

En conclusión, y para ir terminando este tópico, solo agregamos que el e-commerce, la publicidad y los créditos de consumo están en la base de la comercialización masiva y eso alteró, ya sin vuelta atrás, la forma de consumir bienes y servicios.

ii) La publicidad y la autonomía de la voluntad.

Si el acto jurídico voluntario está compuesto por el discernimiento, la intención y la libertad del sujeto (art. 260 CCyC) es sencillo advertir que las publicidades, aun siendo lícitas, distorsionan estos tres elementos y despojan al sujeto de su voluntad. Una persona que actúa bajo la influencia de anuncios publicitarios, meticulosamente elaborados, no tiene un verdadero discernimiento, ni una verdadera intención ni, mucho menos, una verdadera libertad para dirigir sus acciones.

La publicidad inductiva afecta definitivamente la autonomía de la voluntad de los consumidores que adquieren bienes y servicios. Autores nacionales como Hugo Anchaval(19) y Ricardo Lorenzetti aportan interesantes reflexiones sobre estos temas(20). Las neurociencias, dando un paso más adelante, vinculan las publicidades al estímulo de la actividad cerebral que nos impulsa a consumir determinados productos aun cuando no tenemos ni deseo ni necesidad de realizar ese consumo. La dopamina, de nuevo la dopamina: Si bien es difícilísimo por el mundo en el que vivimos evitar estos chorros de dopamina que nos hacen actuar muchas veces sin realmente quererlo, podemos prestar más atención. Saber cómo funciona no los elimina pero te da el poder de luchar contra eso y ejercitar tu poder de decir que no -tu poder de veto - sumado a tu fuerza de voluntad(21).

Sin perjuicio de lo dicho en esta reflexión, es importante remarcar que, por más que la actividad neuronal condicione nuestras decisiones, nos queda un resquicio de libertad, vulgarmente llamado fuerza de voluntad, para intervenir los impulsos creados por esos chorros de dopamina que describe Bachrach. En

definitiva, se trata de aprender a estar más atentos a nuestros impulsos menos racionales para poder controlarlos un poco.

iii) La publicidad vs. La información. La publicidad está destinada a la creación de artificios útiles para estimular las ventas. Por el contrario, la información sobre la calidad de un producto restringe su comercialización porque, cuando la información es buena, automáticamente bajan las expectativas (incrementadas por las publicidades) que tenemos con relación al ente al producto. En otro trabajo, anterior a la reforma del Código Civil, advertimos sobre los efectos distorsivos que la publicidad engañosa tiene sobre la información real; en aquella ocasión decíamos -y lo seguimos sosteniendo- que la esas publicidades anulan la información afectando, en forma simultánea, el discernimiento, la intención y la libertad, produciendo la nulidad del acto(22).

Es que, como explica Bachrach, una buena publicidad promete la felicidad de obtener un placer inmediato; esa promesa estimula y enciende diversas conexiones neuronales y . La dopamina entonces secuestra toda tu atención, tu mente se obsesiona en obtener eso, o en repetir el comportamiento que alguna vez fue disparado por ese mismo estímulo. Este es un mecanismo perfecto de la naturaleza que se asegura de que vuelvas a comer, aunque no tengas ganas de ir a recolectar frutas.(23). El mecanismo descrito por Bachrach es el mismo que utiliza el neuromarketing para lograr que volvamos a comprar un producto que no necesitamos y que -además- tampoco cumple su promesa de placer inmediato y felicidad duradera.

Entre la publicidad y la frustración individual del sujeto hay una línea directa que habría que examinar más detenidamente desde el Derecho.

iii) La publicidad distorsiva, la información falsa y la responsabilidad. La publicidad, como bien señala Laura A. Heymann (University of California), construye un relato ficticio donde los protagonistas aparentes no sufren ninguno de los problemas asociados al consumo del producto promocionado. Esto adquiere particular importancia cuando se trata de publicitar remedios o bebidas alcohólicas. Las propagandas de cerveza nunca muestran al protagonista ebrio y desmayado en un sofá cubierto con almohadones desgarrados; por el contrario, describen a un joven radiante de felicidad, atractivo y muy exitoso en sus conquistas. Naturalmente, la intención del aviso es establecer una vinculación causal entre la juventud, la alegría, el éxito y la ingesta de productos alcohólicos.

El nexo causal entre consumo de alcohol y la felicidad es, desde luego, falso. Sin embargo, es verdadera la relación entre la publicidad falsa, el aumento de las ventas y el consumo de alcohol en las poblaciones más juveniles. Es cierto que todas las propagandas que promocionan bebidas alcohólicas llevan la advertencia sobre los peligros que su consumo implica para la salud. Esas etiquetas son obligatorias en todo el mundo. No obstante, la pregunta que debemos formularnos es: (qué pesa más en la conciencia del consumidor, la imagen dichosa del joven encantador o la advertencia legal sobre los excesos del alcohol?

Para nuestra mayor sorpresa encontramos un fallo en Ohio ("Gawlowski v. Miller Brewing Co.", 644 N.E.2d 731, 736, Ohio Ct. App. 1994) en el cual el magistrado señala que, más allá del contenido de una publicidad, el consumidor medio de cerveza conoce perfectamente cuales son los riesgos asociados al consumo inmoderado de alcohol(24).

Este criterio judicial nos parece profundamente equivocado y nocivo para la sociedad. Por más que un joven de 18 años pueda tener conciencia de los peligros del alcohol, las imágenes de alegría y placer inmediato prevalecen sobre las advertencias de moderación. Como bien dice Bachrach: Pero cuidado, esta promesa de recompensa, es tan poderosa que va a continuar tratando de obtener y consumir cosas que ni siquiera te hacen feliz, y que hasta pueden llevarte un poco más a la miseria. Recordá que la búsqueda de recompensa es el objetivo principal de la dopamina y nunca habrá una señal cerebral de stop.(25). En efecto: la etiqueta silenciosa, estampada en un producto peligroso, no es una señal de stop eficiente para detener los impulsos de la

dopamina.

Laura Heymann hace un paralelo entre las contraindicaciones de los productos y las notas a pie que los autores colocamos en los libros que escribimos; en ambos casos, dice la autora, son informaciones importantes a las que, sin embargo, pocas personas prestan atención(26). El tema no es menor, porque está en juego el grado de responsabilidad que se les podrá imputar a los empresarios que promueven las publicidades. Por otra parte, y ya en materia de responsabilidad, hay que señalar que no cualquier información será suficiente para eximir de responsabilidad. No alcanza con poner una leyenda en una etiqueta, o entregar un manual informativo para que el proveedor o el fabricante queden relevados del deber de información. Es necesario que la información llegue al público en forma tal que -razonablemente- asegure su total comprensión(27).

Pensar a la publicidad en términos de información falsa o verdadera es minimizar la cuestión y, por consiguiente, agrandar el problema. Siguiendo ese razonamiento podría pensarse, equivocadamente, que la solución consiste en agregar más informaciones en las etiquetas o en los manuales. Sin embargo, el verdadero problema de la publicidad es la creación de un relato falso, pero fascinante, que supera cualquier información racional que intente desplazarlo. El curso de acción no pasa por extremar los recaudos informativos formales, que las compañías siempre están dispuestas a cumplir, sino en controlar más de cerca, con verdaderos expertos en esos temas, lo que pasa en el mundo de las publicidades. No podemos suponer que las personas con tendencias adictivas van a dejar de fumar, o de tomar en exceso porque se incluya una leyenda en el envase del producto.

La doctrina, al poner tanto énfasis en la información y en el deber de informar parece no advertir la existencia de un fenómeno sociológico conocido como la sobreinformación. Este término, naturalmente, significa el exceso de información útil que puede comprender un usuario medio. Los especialistas en comercialización masiva de bienes y servicios saben que informar en demasía produce confusión antes que claridad en el usuario.

c) La confianza.

i) Presentación. Los fenómenos de comercialización masiva han alterado definitivamente la estructura del contrato. Los elementos psíquicos determinantes para la contratación moderna no son ni el discernimiento, ni la intención. Ellos fueron desplazados por otro aun más intangible: la confianza que genera una marca. Lorenzetti y Lima Marques describen esta cuestión: El empresario actual tampoco se adapta al modelo clásico en varios aspectos muy estudiados en las teorías económicas y sociales, de los que extraemos sólo dos características que son muy importantes para nuestro tema. En primer lugar, no espera la oferta del cliente, sino que trata de inducirla mediante la publicidad, el uso de símbolos y otros procedimientos destinados a la creación del deseo(28).

El fenómeno de las marcas y las publicidades tienen, entonces, tres implicancias importantes. Primero: inducen al consumo, creando una demanda artificial que estaba ociosa. Segundo: generan confianza, siendo notorio que un sujeto confía más en la marca del producto que en las virtudes del producto. Tercero: aumentan las expectativas favorables que los clientes tienen de los productos. Este incremento de las expectativas tiene directa relación con los mayores precios que tienen los productos de marcas líderes en el mercado(29) y (30).

Esta confianza, ganada por las grandes marcas a los consumidores, trae aparejada una mayor exigencia de responsabilidad que el sistema legal les hace a los proveedores. En sumario: los usuarios son más confiados pero los proveedores más responsables.

ii) La demanda inducida por la oferta.

Otra de las graves distorsiones de la comercialización masiva es que la demanda del consumidor se induce desde la oferta del proveedor. Este fenómeno es nocivo. Lo deseable sería que la necesidad del sujeto encienda su voluntad de consumir y el mercado acuda a cubrir esa necesidad. Las publicidades de

las grandes marcas estimulan artificialmente el deseo de los consumidores(31).

iii) La confianza y el discernimiento. La confianza que los clientes despiden en una marca ha desplazado a la noción de discernimiento. El cliente conoce muy poco del producto y tampoco tiene posibilidades reales de conocerlo; así, el sujeto confía en una marca porque no puede conocer verdaderamente los productos que le ofrecen. Elegir un producto de consumo se ha convertido en algo bastante parecido a la superstición. El acuerdo entre las partes ni siquiera depende de la adhesión a un formulario preimpreso sino de la confianza que genera un logo (p.ej., el símbolo de una hamburguesa, o el de un teléfono celular, o el de un par de zapatillas, o el de una gaseosa). Se decide la adquisición de un producto por la apariencia de seguridad que nos genera una marca(32).

d) La negociación y el consumo masivo.

i) Presentación. Como ya fue explicado, la nueva contratación está subordinada por fenómenos que poco tienen que ver con la voluntad del individuo. El sujeto del consumo masivo está ausente de la negociación contractual. Sin embargo, esa menor participación en la formación de los contratos es tolerada por el sistema legal. Los motivos de ese permiso están justificados porque la comercialización a escala industrial requiere herramientas de tráfico ágiles y seguras como los contratos de adhesión.

En un trabajo anterior advertíamos sobre esta situación que es verdaderamente rupturista. La negociación paritaria es residual y no tiene incidencia en el actual sistema de contrataciones: Otro de los cambios fundamentales en la forma en que compramos los bienes y servicios que usamos tiene que ver con el avance de la tecnología. Los días en los que los contactos de consumo se firmaban luego de intensas negociaciones y discusiones y regateos de precio han llegado a su fin. Los contratos de consumo no se negocian; ni siquiera se leen. En verdad, sería virtualmente imposible hacer un contrato individual por cada cliente que requiera el mismo servicio que otros veinte millones de usuarios. No se puede dejar de decir que los contratos de adhesión son imprescindibles para el tráfico masivo de bienes y servicios(33).

ii) Las nuevas herramientas contractuales.

Sin entrar en un análisis de contenido, es insoslayable señalar que el contrato de adhesión es un instrumento insustituible en la comercialización actual(34).

Una de las claves para el buen funcionamiento de una sociedad de consumo consiste en agilizar el tráfico de los bienes y servicios que esa sociedad demanda; sin embargo, es sabido que la velocidad del intercambio es incompatible con un contrato que debe ser negociado individualmente con cada usuario. Este es el nudo insoluble que afronta el contrato paritario: dejó de servir(35).

La teoría contractual moderna no debe prestar tanta atención a la utópica autonomía de la voluntad. El verdadero desafío es asegurar un equilibrio entre los pocos proveedores que dominan el mercado y los millones de usuarios que requieren sus mercancías. Es preciso pensar un sistema que sea útil para vincular a proveedores cada vez más corporativos con consumidores cada vez más anónimos. La crisis de subjetividad afecta al consumidor y al contrato que dejó de ser un acuerdo de voluntades y pasó a ser un formulario de contenidos negociables. Así, tiempo atrás, postulamos que: "Las grandes compañías redactan, a medida de su estrategia comercial, un formulario contractual que se repite por millones de copias que se firman sin modificar ni puntos ni comas. Simplemente se cambian cuando una nueva estrategia comercial de la compañía requiere alguna modificación"(36).

iii) El negocio jurídico masivo: hacia una responsabilidad más objetiva.

Esta alteración sustantiva en la teoría general del contrato también modificó los otros pilares del derecho. No solamente cambió la modalidad de hacer los contratos, sino que también la atribución de responsabilidad. Dicho con otras palabras: los factores atributivos de responsabilidad se han objetivado aún más(37).

En nuestra opinión, la comercialización a escala justifica que los criterios para atribuir responsabilidad sean cada vez más rigurosos y objetivos. Esa

tendencia se comprueba al examinar que el Código Civil y Comercial que incluye supuestos de responsabilidad por caso fortuito (art. 1733, CCyC) (38) y por actividades riesgosas, sin que se permita eximirse de responsabilidad invocando la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención. (art. 1757, in fine, CCyC).

La doctrina nacional explica este fenómeno que describe una expansión de la responsabilidad objetiva: Como sea, la llamada Revolución Tecnológica, y la evolución hacia una sociedad de riesgos que se ha verificado a lo largo del siglo pasado y comienzos del presente, ha dado lugar a la expansión de la responsabilidad por riesgo, que ya no encuentra su ámbito únicamente en los daños ocasionados por el hecho de las cosas viciosas o riesgosas, sino que se extiende a otros supuestos en los cuales la potencialidad dañosa de la actividad desarrollada. tornan necesario mejorar y ampliar la protección de la víctima sometida a esos peligros o riesgos(39).

iv) La intervención del Estado.

El sistema normativo no puede detener la marcha tecnológica ni disminuir el ritmo de comercialización masiva, pero sí puede aumentar las protecciones a los sujetos más débiles. El Estado no puede intervenir el deseo del consumidor, pero sí puede determinar qué reglas de responsabilidad va a aplicar para ajustar las conductas de los proveedores.

El sistema permite las publicidades agresivas y los créditos que inducen al consumo, pero, como contrapartida, agrava la responsabilidad de los proveedores de bienes y servicios. Esto significa que el Estado actúa en dos direcciones; por un lado, permite un mayor desarrollo del consumo, pero, simultáneamente, incrementa las protecciones de los consumidores. Dicho con otras palabras: el sistema legal les permite a los proveedores inducir a millones de personas a consumir, pero, al mismo tiempo, les dificulta la posibilidad de eximirse de responsabilidad.

En materia de intervención pública en los negocios privados, Lorenzetti desarrolla una interesante teoría en la que señala la existencia de un orden público contractual que funciona en tres direcciones. En primer lugar, el autor nos habla de un orden público que asegura que no se avasalle la autonomía de la voluntad y que el consentimiento otorgado por el contratante sea limpio y exento de vicios y manipulaciones(40). En segundo lugar, el orden público protege al sujeto más vulnerable de la relación contractual (usuarios, consumidores) que por más que actúe voluntariamente, adhiere a un contrato cuyas condiciones no puede negociar. En este caso, Lorenzetti habla de un orden público contractual de protección de la parte débil(41). Finalmente, el autor señala la existencia de un orden público de coordinación, en el cual el Estado, mediante el dictado de normas imperativas, impide que el exceso de autonomía de la voluntad y libertad contractual se concrete en contenidos ilícitos o contrarios a la moral y buenas costumbres (individualismo) (42).

v) El paternalismo libertario (PL).

Las formulaciones del orden público, que hemos visto en párrafo anterior, tienden a regular las relaciones contractuales privadas. Por nuestra parte, creemos que no hay manera de mejorar las asimétricas relaciones jurídicas que se engendran en el mercado sin la intervención del Estado. Empero, el dilema no radica en aceptar o rechazar la injerencia oficial en los negocios privados, sino en definir qué tipo de intervención Estatal se requiere y si ella es compatible con la economía liberal subyacente en las modernas sociedades de consumo.

Los reconocidos autores estadounidenses, Richard Thaler y Cass Sunstein, que tanto hemos citado en este y otros trabajos, pensaron mucho sobre este asunto y, finalmente, concluyeron que el Estado debe jugar un rol que ellos definen mezclando dos términos que parecen ser incongruentes pero que son complementarios. Los citados autores inventaron el denominado paternalismo libertario, fórmula que supone a un individuo que transita libremente por el mercado y a un Estado que lo ayuda a tomar decisiones, sobre todo, del orden patrimonial.

El paternalismo libertario representa a un Estado que está cerca del ciudadano para darle un 'empujoncito' (nudge) cuando su pensamiento se distrae bajo el influjo de propagandas estafalarias o de créditos tentadores que seguramente no podrá pagar. El PL no es excesivamente reglamentarista, pero sí está atento a que las decisiones de consumo no sean abusadas por los proveedores de bienes y servicios.

Los autores explican mejor que nosotros su propia idea: El aspecto libertario de nuestras estrategias radica en la convicción de que, en general, las personas deber ser libres para hacer lo que desean. lo paternalistas libertarios queremos que la gente se libre para elegir. El aspecto paternalista radica en que pensamos que es legítimo que los arquitectos de las decisiones traten de influir en la conducta de la genta para hacer su vida más larga, más sana y mejor. En otras palabras, estamos a favor de que las instituciones, tanto del sector privado como del Gobierno, se esfuercen de forma consciente por orientar las decisiones de las personas en direcciones que mejoren sus vidas(43).

Se trata de un Estado que no cumple funciones policiales, sino que actúa como un arquitecto de la voluntad que nos ayuda a tomar decisiones óptimas. Por ejemplo, si se quieren estimular las dietas sanas no es necesario prohibir la venta de gaseosas, siendo suficiente con obligar al Supermercado a que también ofrezca, en idéntica proporción, bebidas más saludables. Hay miles de ejemplos que permiten una sana injerencia oficial sin caer en el autoritarismo.

En esa senda virtuosa pareciera enrolarse la muy reciente ley 27.545 (Ley de Góndolas, marzo de 2020), cuyos objetivos están descriptos en su artículo 1. Dicha norma, que no vamos a comentar en este trabajo, apunta a que los productos sean exhibidos en las góndolas de los supermercados en condiciones equitativas permitiendo, entre otras cosas, la difusión de productos regionales ignotos para los consumidores habituales de las grandes marcas.

El tiempo dirá si la norma logra concretar esos auspiciosos objetivos; pero, a priori, apoyamos estas iniciativas que combinan la libertad individual con la prudente cercanía del Estado.

Notas al pie:

1) Fernando Shina, Doctor en Ciencias Jurídica, Pontificia Universidad Católica Argentina.

2) Yuval Noah Harari (Kiryat Atta, 24 de febrero de 1976) es un historiador y escritor israelí, profesor en la Universidad Hebrea de Jerusalén. Entre sus obras se encuentran Sapiens: De animales a dioses, Homo Deus: Breve historia del mañana y 21 lecciones para el siglo XXI.

Wikipedia, https://es.wikipedia.org/wiki/Yuval_Noah_Harari, fecha de captura: 4-04-2020.

3) Harari, Yuval Noah, 21 Lecciones para el siglo XXI, Joandomenéc Ros (Trad.), Buenos Aires, Debate, 2018, p.75.

4) Bachrach, Estanislao, En cambio, Buenos Aires, Sudamericana, 2016, p. 360.

5) La comercialización masiva de bienes y servicios ha modificado la raíz individualista del contrato. Asistimos a un cambio trascendental e irrevocable de la teoría general de los contratos; están cediendo las vigas que forjaron ciento cincuenta años de hegemonía. La autonomía de la voluntad es un concepto casi residual en la sociedad de nuestros días. Por suerte ya casi nadie cree que exista ese consenso artificial entre un proveedor de servicios de telefonía móvil y alguno de sus veinte millones de clientes que quieren comprar un teléfono inteligente y comenzar a chatear por WhatsApp. (Shina, Fernando, Sistema legal., p. 283).

6) Sandel, Michael, Lo que el dinero no puede comprar, trad. Joaquín Chamorro Mielke, Bs. As., Debate, 2013, p. 13.

7) Harari, Yuval Noah, 21 Lecciones para el siglo XXI, ., p.68.

8) Taleb, Nassim Nicholas, El cisne negro, Roc Filella Escola (Trad.), Buenos Aires, Paidós, 2018, p. 121.

9) Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Evolución de las modalidades de consumo, 2001, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/274/30/PDF/N0127430.pdf?OpenElement>, Captura, 27/02/2017.

10) El mundo está envuelto en un proceso multidimensional de mundialización.

Las personas, los productos, los servicios, la información y el dinero circulan por todo el planeta con más rapidez y en mayor cantidad. El comercio mundial de bienes y servicios aumentó más de un 60% en el último decenio, alcanzando casi los 6,7 billones de dólares en 1998, mientras que la inversión extranjera directa se cuadruplicó hasta alcanzar los 865.000 millones de dólares. El consumo per cápita aumentó a medida que el producto interno bruto (PIB) crecía un 2,9% al año y la población un 1,4% al año.

Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Evolución de las modalidades de consumo, 2001, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/274/30/PDF/N0127430.pdf?OpenElement>, Captura, 27/02/2017.

11) Por lo que se refiere a los recursos naturales, el siglo pasado se perdió casi la mitad de la superficie mundial de humedales y las praderas se redujeron más del 90% en algunas zonas, debido principalmente a la expansión de la agricultura para satisfacer la demanda creciente de alimentos y otros productos agrícolas. La superficie de bosques ha disminuido de 11,4 km² por persona en 1970 a sólo 7,3 km² por persona en la actualidad. Además, casi el 70% de las principales pesquerías mundiales están sobreexplotadas o se están explotando hasta su límite biológico con el fin de satisfacer la demanda creciente de pescado y productos de la pesca. La degradación del suelo ha afectado a dos terceras partes de las tierras agrícolas del mundo al ir intensificándose las prácticas agrícolas para satisfacer la demanda creciente de alimentos, con un aumento especialmente elevado de la demanda de carne y productos lácteos. Las presas y otros desvíos de agua creados para satisfacer la demanda creciente de agua, especialmente en la agricultura, han fragmentado casi el 60% de los principales ríos del mundo. Como consecuencia del desarrollo insostenible y la degradación de los ecosistemas de agua dulce, el 20% de las especies de agua dulce del mundo se han extinguido, se encuentran amenazadas o en peligro de extinción. (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Evolución de las modalidades de consumo, 2001, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/274/30/PDF/N0127430.pdf?OpenElement>, Captura, 27/02/2017.

12) Las tecnologías de la información han acelerado el movimiento de bienes, información y personas por todo el mundo y han diversificado los servicios de que disponen los consumidores en todo el mundo. El comercio electrónico basado en la Internet aumenta con rapidez, tanto para las ventas al por menor como para las transacciones entre empresas. En 1999, se calculó que el total de las transacciones del comercio electrónico ascendió a 127.000 millones de dólares y se espera que para 2003 aumente a 1,4 billones de dólares sólo en los Estados Unidos, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Evolución de las modalidades de consumo, 2001, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/274/30/PDF/N0127430.pdf?OpenElement>, Captura, 27/02/2017.

13) El continuo crecimiento del número total de usuarios de Internet en el país: de 7,6 millones de usuarios en 2004 a 32,2 millones a fin de 2014. El crecimiento sostenido de la proporción de usuarios de internet que realizan compras en línea: de un 10% aproximado en 2001 al 49% en 2014, año en que los compradores en línea superan los 14 millones de personas. (Cámara Argentina de Comercio Electrónico, El Comercio Electrónico creció un 61,7% en el país y ya son más de 14 millones los argentinos que compran por Internet <http://www.cace.org.ar/novedades/el-comercio-electronico-crecio-un-617-en-el-pais-y-ya-son-mas-de-14-millones-los-argentinos-que-compran-por-internet/>, Captura, 4/03/2017).

14) Ver https://www.clarin.com/tecnologia/argentinos-acceso-internet-32-millones-conectan-celular_0_Bk_HOPsRz.html, fecha de captura: 5/12/2019.

15) Ver <https://cace-static.s3.us-west-2.amazonaws.com/uploads/estudios/estudio-anual-comercio-electronico-argentina-2018-resumen.pdf>, fecha de captura: 5/12/2019.

16) Ver, <https://www.cace.org.ar/>, fecha de caputra: 7-04-2020.

17) El deudor del sistema financiero padece de una omisión informativa relevante en cuanto no se le da noticia acabada de cuál es en realidad su nivel de endeudamiento, sino que se lo induce a asumir deudas, mediante una sofisticada maquinaria de publicidad inductiva. Este elemento es decisivo a la hora de juzgar las decisiones que ha tomado en el acto de endeudarse, siempre que no sea una profesional con capacidad para asesorarse. Por esta razón, la temática del sobreendeudamiento del consumidor ha tenido mucho desarrollo en el Derecho Comparado (Lorenzetti, R., Consumidores., p. 75).

18) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*, Belén Urrutia (trad.), Buenos Aires, Taurus, 2018, p. 164 - 165).

19) Las campañas publicitarias agresivas y engañosas imponen su impronta. La venta a plazo, las cuotas fijas, etc., atraen a los consumidores a la compra casi compulsiva comprometiendo su nivel de supervivencia. Una vez que esto ha sucedido, lógicamente lo primero que deja de pagar son los compromisos pactados. (Anchaval, Hugo, *Insolvencia del consumidor*, Bs. As., Astrea, 2011, p. 5).

20) Es habitual el espectáculo publicitario no informativo que llega al consumidor mediante los distintos canales de comunicación cuyo propósito es inducir a contratar y no informar. La simplificación, el ocultamiento, el vedetismo, operan en el plano simbólico para aumentar su seducción... La publicidad dirigida a una gran cantidad de individuos no cumple las funciones que pretendemos. (Lorenzetti, R., *Consumidores.*, p. 202).

21) Bachrach, Estanislao, *En cambio*, . p. 380.

22) Reseñados brevemente los elementos constitutivos del obrar humano voluntario, puede afirmarse que la publicidad engañosa los vicia a todos. Una publicidad falsa anula el acto humano voluntario; destruye el consentimiento contractual sin el cual ese acuerdo de voluntades, del que tanto habla el art. 1137 del Cód. Civil -así como sus fieles seguidores- pasa a ser una pura ficción sin visos de realidad... La publicidad engañosa ejerce un efecto distorsivo sobre la voluntad, anulándola. Por otra parte, los actos jurídicos llevados adelante con una voluntad viciada o coaccionada son nulos, no producen efectos. Mejor dicho, "no producen por sí obligación alguna", siguiendo la terminología empleada por el art. 900 del Cód. Civil. (Shina, Fernando, *Daños al consumidor.*, p. 59 y 60).

23) Bachrach, Estanislao, *En cambio*, . p. 377.

24) The fact that warnings and disclaimers are counternarratives does not, however, mean that consumers are powerless to interpret them in the face of the emotional appeal of the primary narrative of the brand. For example, as one court noted, "a beer manufacturer's commercial images, although enticing, are not enough to neutralize or nullify the immense body of knowledge a reasonable consumer possesses about the dangers of alcohol. Heymann (Laura A. (2010) "Reading the Product: Warnings, Disclaimers, and Literary Theory," *Yale Journal of Law & the Humanities*: Vol. 22: Iss. 2, Article 7. Available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjhl/vol22/iss2/7>, Captura, 5/01/2017, p. 394).

25) Bachrach, Estanislao, *En cambio*, . p. 381.

26) Thus, among these courts and commentators, warnings and disclaimers are like footnotes: they provide important information that explains, supports, or offers caveats to the message in the main part of the text, but we don't always expect readers to take notice of them (Heymann, Laura A. (2010) "Reading the Product: Warnings, Disclaimers, and Literary Theory," *Yale Journal of Law & the Humanities*: Vol. 22: Iss. 2, Article 7. Available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjhl/vol22/iss2/7>, Captura, 5/01/2017, p. 396).

27) The activity of warning is not enough, of course; the warning must also be read and understood (whether actually or constructively) to constitute a complete communication. Many commentators, focusing on consumers' cognitive abilities, have concluded that consumers do not always read, understand, or respond to product warnings. This can result from a number of factors, including suboptimal presentation of the warning, information overload or other cognitive biases, deliberate decisions to disregard the information, lack of English literacy, or exigent circumstances (Heymann, Laura A. (2010) "Reading the Product: Warnings, Disclaimers, and Literary Theory," *Yale Journal of Law & the Humanities*: Vol. 22: Iss. 2, Article 7. Available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjhl/vol22/iss2/7>, Captura, 5/01/2017, p. 399).

28) Lorenzetti, R.- Lima Marques, Claudia, *Contratos de servicios a los consumidores.*, p. 42.

29) Por lo demás, en la sociedad de consumo, los consumidores depositan su confianza en los proveedores de bienes y servicios, influidos por la publicidad, la difusión de la marca y la imagen que generan en ellos diversas expectativas respecto de la solvencia, la calidad, la seriedad y eficiencia de las empresas de las que adquieren o utilizan bienes o servicios. Barbado, Patricia B., en Mosset Iturraspe - Rivera (Dir.), *Revista de derechos de Daños - Consumidor*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 167 y 168).

30) En segundo lugar, la actividad empresaria se concentra en la creación de una marca o nombre que genere confiabilidad y diferenciación. Una prueba clara de ello es la evolución del Derecho de marcas... El símbolo represente la imagen de la empresa, su reputación, la calidad de sus productos, su tradición, la participación en el mercado, la confianza ganada en los clientes y, por todo ello, es un bien de la empresa titular de la misma. La empresa, aun anónima y lejana, genera fiabilidad a través de su funcionamiento reiterado, de las marcas que la representan simbólicamente, o del respaldo del Estado. (Lorenzetti, R. - Lima Marques, C., Contratos de servicios... p. 43).

31) 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. (Lorenzetti, R., Consumidores..., p. 180).

32) Es necesaria la confianza porque ésta se encuentra en la base del funcionamiento del sistema experto, inextricable y anónimo y es lubricante de las relaciones sociales. Por ello debe ser respaldada jurídicamente, tanto con el establecimiento de presunciones como mediante imputaciones de responsabilidad, utilizando para ello la regla de la apariencia jurídica. (Lorenzetti, R., Consumidores... p. 71).

33) Shina, Fernando E., Sistema legal para la defensa del consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 155 y 156.

34) El primer problema surgió cuando, en lugar de discutir cláusula por cláusula, las partes aprendieron a redactarlas antes de que sean aceptadas o rechazadas. El origen de este fenómeno es la necesidad de bajar costos de transacción: si un comerciante vende un producto, podrá hacer un contrato para cada acto, pero si debe hacer muchas contrataciones, necesariamente intentará recurrir a un formulario. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos. p. 120).

35) Es que la inmensa mayoría de los contratos que se celebran diariamente se expresan en formularios. no están precedidos de ninguna negociación; simplemente el consumidor adhiere a un contenido predispuesto por un proveedor que a veces ni se conoce a ciencia cierta. (Rivera, Julio César, Medina Graciela, Derecho civil y comercial, Contratos, Parte General, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017, p. 40).

36) (Shina, Fernando, Sistema legal., p. 156).

37) La evolución ha superado el principio de que no hay responsabilidad sin culpa, a partir de la irradiación consolidada de numerosos factores objetivos de atribución, que ya no constituyen excepciones. Sin embargo, en la práctica, la mayoría de supuestos de responsabilidad son hoy ajeno a la culpa. lo cual es un signo claro del cambio de los tiempos en relación a la codificación decimonónica. (Zavala de González, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo código, Córdoba, Alveroni, 2016, T I, p. 600).

38) El precepto comentado tiene en vista hipótesis en que, aunque concurra un caso fortuito o imposibilidad de cumplir, no obstante, el sujeto pasivo debe indemnizar los daños generados. . Algunas de las hipótesis desplegadas en los incisos de la norma, configuran reales excepciones a la exclusión de responsabilidad por caso fortuito o imposibilidad de cumplir. (Zavala de González, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo código, Córdoba, Alveroni, 2016, T II, p. 388).

39) Lucchesi - Sáenz, en Bueres, Dir., Código Civil y Comercial. T 3F, p. 601.

40) Esta garantía protege al emisor de la declaración de voluntad: el error, dolo, violencia y la lesión responden a este propósito. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos. p. 119).

41) El problema aquí es que las partes pueden haber emitido correctamente su declaración y expresado el consentimiento, pero hay una desigualdad económica-social. Estas circunstancias que antes no interesaban al derecho, sino a la Sociología, han sido juridizadas mediante normas de orden público. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos. p. 120).

42) El orden público de coordinación es un conjunto de normas imperativas que controla la licitud de lo pactado por las partes, principalmente su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico. La autonomía privada conduce al individualismo y a la fractura del orden social si no hay un mínimo de perspectiva pública sobre las acciones privadas. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos. p. 120).

43) Thaler - Cass, Un pequeño empujón, ., p.19.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 9 DE ABRIL DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.260, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1733, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1757, LEY 27.545*

El instituto de la compensación de las obligaciones como práctica abusiva en el ámbito del derecho del consumidor

PEREZ, ALVARO A.

Publicación: www.saij.gob.ar, 24 DE ABRIL DE 2020

TEMA

OBLIGACIONES-EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES-COMPENSACION-RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-IN DUBIO PRO CONSUMIDOR

TEXTO

El micro sistema del Derecho del Consumidor vino a irrumpir en el ámbito de la responsabilidad civil para lo cual recepta soluciones jurídicas sustancialmente diferentes cuando interviene un consumidor o usuario ante una problemática derivada de un incumplimiento legal en el ámbito del contrato de consumo o en la relación de consumo.

Dicha irrupción no le es ajena al instituto de la compensación de las obligaciones en las cuales, en el ámbito del derecho del consumidor, puede devenir como una práctica abusiva, entendida a esta última como aquella situación en la que el proveedor exacerba su posición dominante valiéndose de la asimetría estructural existente entre ambos polos relacionales (consumidor-proveedor) con el afán de obtener una ventaja económica o jurídica en desmedro o perjuicio del sujeto débil.

Como punto de partida debemos realizar ciertas precisiones para abordar la problemática que aquí se presenta cuando se pretende hacer valer, legal o convencionalmente, la compensación de las obligaciones.

La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas reúnan la calidad de deudor y acreedor recíprocamente, cualesquiera sean las causas de una u otra deuda. El efecto de la aplicación de la compensación es extinguir con fuerza de pago las dos deudas hasta el monto de la menor(1), el cual puede ser legal, convencional, facultativa o judicial(2).

La compensación producirá sus efectos en el momento en que ambas deudas coexistan en condiciones de ser compensadas aunque el crédito no sea líquido y aunque alguna de las partes haya impugado la deuda.

En efecto, un consumidor puede ostentar la calidad de acreedor frente a una obligación debida por un proveedor y viceversa, el proveedor puede ostentar la calidad de acreedor frente a una obligación debida o no satisfecha por el consumidor, y es dable esperar que cuando coexisten dichas obligaciones y están en condiciones de ser compensadas el sujeto fuerte de dicha relación actué en consecuencia haciéndose de su crédito hasta el monto de la deuda menor.

La cuestión que aquí se plantea es si el proveedor puede oponer el instituto de la compensación y si dicha oposición no reviste una práctica abusiva.

Preliminarmente debemos hacer notar que el consumidor, al momento de celebrar un determinado contrato o entablar una determinada relación jurídica con el proveedor, no espera ver frustrado su derecho como consecuencia de un incumplimiento en un contrato ajeno al cual lo constituyó en acreedor frente al proveedor, gozando de la plena expectativa de su cumplimiento en respeto con sus intereses económicos allí depositados.

A raíz de evitar la frustración de los derechos de la parte débil de la relación negocial, es que el legislador ha instaurado una serie de pautas interpretativas en las cuales determinadas cláusulas o prácticas devendrían abusivas y, como tal, inexistentes a la luz del sistema protectorio aludido.

Por su parte, determinados organismos facultados en la aplicación administrativa de la ley 24.240 y normas complementarias, han esbozado bases

interpretativas respecto del alcance de determinadas conductas que podrían acarrear un comportamiento abusivo.

Dentro de las pautas más generales que se pueden considerar abusivas podemos mencionar aquellas que "desnaturalicen obligaciones o limiten la responsabilidad por daños, preceptos que impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, como así también, aquellas cláusulas que importen renuncia o restricción de sus derechos o amplíen los derechos de la parte proveedora(3)".

En la misma línea general la resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregularización y la defensa del Consumidor, en su Anexo, estableció que se consideran abusivas las cláusulas que establezcan que cuando el consumidor se encuentre en mora, respecto de obligaciones previstas en el contrato, el proveedor pueda cancelar la misma por compensación con otras sumas que el consumidor hubiera suministrado al proveedor como consecuencia de otro contrato o de la provisión de otro producto o servicio, excepto cuando la compensación se encuentre autorizada por normas legales especiales, en cuyo caso el proveedor deberá informarlo al consumidor en el contrato(4).

Aquellas cláusulas contractuales o prácticas que propendan a la compensación de deudas para el caso que el consumidor haya incurrido en mora y su crédito esté en condiciones de ser compensado devendrá en abusiva.

Pero al respecto cabe realizar ciertas precisiones a tener en cuenta, lo que la ley prohíbe, en consonancia con la resolución antes citada, es evitar que el proveedor, valiéndose de alguna suma que el consumidor haya suministrado al proveedor como causa de otro contrato o respecto a la provisión de otro servicio o contrato, pueda ser compensado y, por ende, se vea frustrado su derecho de obtener el cumplimiento del primer contrato.

Por ende, la compensación legal y convencional se ven fuertemente limitadas dentro del ámbito de la relación de consumo en tanto el proveedor no puede pretender compensar deudas de sus consumidores y/o usuarios frente a créditos que éste disponga con motivo de algún contrato celebrado.

Si cabe resaltar que en caso de que en un mismo contrato las partes adquieran la calidad de acreedores y deudores recíprocamente, no existiría en principio un valladar para que operase la compensación legal o convencional. Lo que la ley y la resolución citada reputan abusiva es aprovechar un nuevo contrato en el cual se generó un crédito a favor del consumidor y compensarlo con un crédito del proveedor generado por contrato diferente, aunque revistiendo ambos la calidad requerida por ley.

Ello en modo alguno implica cercenar derechos de la parte proveedora por dos simples razones: la primera está dada en que si el proveedor tenía conocimiento de que el consumidor revestía la calidad de deudor en un contrato celebrado debe adoptar los medios pertinentes para obtener la satisfacción de su crédito y no aprovecharse de algún estímulo al consumidor para que celebre un nuevo contrato en el que lo colocara como acreedor y al proveedor como deudor y así compensar sus créditos en un claro fraude al primero, ello en tanto el sujeto fuerte de la relación consumeril cuenta con la suficiente expertiz para analizar el riesgo propio de su actividad comercial y entablar las acciones pertinentes para el recupero de sus créditos y, en segundo lugar, cuando el consumidor celebra un determinado contrato eligiendo una determinada empresa/proveedora no solo tiene en mira el resultado y calidad de la prestación que le será debida sino que, además, deposita en este último una confianza que es propia de la posición que ocupa el proveedor, generándose una clara expectativa de cumplimiento íntegro de las obligaciones derivadas de ese nuevo contrato el cual no tendrá injerencia anteriores o futuros contratos que se celebren en lo sucesivo, y ello no es más que un desprendimiento lógico de la garantía constitucional del respeto a los intereses económicos de los consumidores y usuarios.

Por tanto, cualquier práctica o disposición contractual que pretenda aprovecharse del instituto de la compensación de las obligaciones por parte del proveedor para ver satisfecho su crédito por un contrato diferente

devendrá abusiva y, por tanto, como no convenida.

COMPENSACION POR DEUDAS DENTRO DEL MISMO CONTRATO.

Conforme lo expusiéramos, la práctica abusiva o prohibida por el ordenamiento jurídico respecto a la compensación en materia de consumo está dada por deudas y créditos que se originan recíprocamente por contratos diferentes.

Entonces (Qué sucede cuando el consumidor y el proveedor adquieren la calidad de acreedor y deudor por créditos provenientes de un mismo contrato?

Al respecto se pueden esbozar dos posturas, la primera, sobre la cual considera que dicha práctica también deviene abusiva y, la segunda, aquella que la considera permitida pero con ciertas limitaciones que pueden hacer incurrir al proveedor en una práctica abusiva.

Una tesis amplia está dada en considerar la compensación, cuyas deudas recíprocas se originen con motivo de un mismo contrato, como abusivas por considerar que de aplicarla el proveedor para compensar su crédito, éste incurriría en una vulneración de los intereses económicos del consumidor quien vería frustrado su derecho de hacerse de su crédito legítimamente obtenido.

Al respecto esta parte considera que, en tal caso, no se da una situación de abusividad en cuanto el proveedor no traspole créditos o deudas originados en un contrato ajeno.

Pero esta postura de no abusividad no es absoluta, toda vez que de no darse ciertos requisitos el proveedor podría incurrir en una práctica reprochable y, como tal, no ha de ser posible la aplicación del instituto analizado.

Para que la compensación que realice el proveedor tenga plena validez ésta debe enmarcarse dentro del contrato celebrado y no traspolar créditos o deudas ajenas, así mismo debe reunir los requisitos dados por la compensación legal.

Así, para que sea procedente, ambas deudas deben coexistir al momento de la oposición de la compensación y éstas deben estar en condiciones de ser compensadas. La oposición reviste una característica fundamental por dos motivos, el propio Código Civil y Comercial no estipula una compensación automática, por el contrario, de la propia lectura del artículo 924 CCyCN al analizar los efectos de la compensación legal deja bien a salvo que empezarán a surtir efecto una vez opuesta por el interesado.

Dicha oposición, en lo que hace a la relación de consumo, viene de la mano con el claro deber de información que pesa sobre el proveedor quien tiene la carga legal de brindar información cierta, clara, detallada y suficiente en todo el iter contractual, no tan solo en la etapa pre-negocial donde surge la formación del consentimiento sino, además y con mucha razón, dentro de la etapa de la ejecución de las obligaciones.

La falta de oposición por parte del proveedor de la intención de hacer valer la compensación de la obligación acarreará la consecuencia de su ineficacia por violación a lo prescripto por el artículo 924 CCyCN incurriendo, además, en una clara falta al deber de información establecido por el artículo 4 LDC y 1100 CCyCN.

Pero aquí surge una nueva interrogante (qué sucede si la deuda que se le imputa al consumidor o si el crédito al que cree acreedor el proveedor es impugnada por el consumidor?

El artículo 924 CCyCN establece que la impugnación que haga el deudor respecto del crédito no acarrea la suspensión de los efectos de la compensación.

Advertimos en este punto que dicha práctica, a la luz del actual derecho del consumo, devendría una práctica abusiva y, además, este artículo no pasaría en determinadas circunstancias del control de constitucionalidad puesto al

artículo 42 CN.

Tal como dijimos al principio el micro sistema del derecho del consumo vino a modificar la tradicional respuesta que se da en materia de responsabilidad y obligaciones civiles, debiéndose realizar una interpretación hermenéutica a la luz de la particularidad del negocio celebrado y de las características personales que ocupan las partes contratantes, siendo la primera un sujeto débil e inexperto, con poca incidencia en la etapa negocial y, muchas veces, actuando en un mercado monopólico u oligopólico con escasa posibilidad de opción, mientras que en el otro polo obra un sujeto fuerte, cuya nota característica es la profesionalidad, con claros conocimientos técnicos y jurídicos del negocio que celebra, con un alto grado de expertiz y gozando de la facultad de predisponer las bases contractuales.

Ello lleva a tutelar al sujeto débil de una manera diferente de aquellas situaciones en las que las partes obran en un mismo plano de igualdad, con el fin de paliar dicha asimetría de la mejor manera posible, equiparando la balanza lo más equilibrada que se pueda para evitar abusos.

Por tanto, toda conducta o cláusula contractual que conlleve ampliar derechos a favor de la parte proveedora devendrá abusiva y, por consiguiente, inexistente.

Pero además, la ley veda de manera categórica toda situación que implique una inversión de la carga de la prueba colocando al consumidor en una posición desventajosa respecto a la tutela de sus derechos.

Ante la impugnación de un crédito por parte del consumidor corresponde suspender sin más los efectos de la compensación opuesta por el proveedor en tanto, de no ser así, dicha práctica devendría abusiva por imponer al consumidor la obligación de demostrar, con posterioridad, que dicha oposición era justificada.

Es el proveedor quien cuenta con mejores herramientas para demostrar que su crédito resulta compensable y, por ende, frente a una impugnación demostrar que aquella no debiera prosperar.

Cualquier conducta o cláusula que permita continuar con los efectos de la compensación, incluso impugnado el crédito, acarrearía la grave consecuencia de tener al consumidor que demostrar que dicho crédito no era compensable por no reunir determinadas características.

Por otra parte, advertimos una deficiente redacción legislativa en el artículo 924 CCyCN en tanto debió advertir que en caso de que las deudas que se pretendan compensar tienen su causa-fuente en un contrato o relación de consumo, la impugnación suspende los efectos de la compensación hasta tanto no sea resuelta debidamente.

Es que de proseguir los efectos de la compensación advertimos que el artículo 924 CCyCN entra en colisión con las disposiciones del artículo 37 inciso c de la ley 24.240, siendo esta última una ley especial, además, violaría de manera flagrante el principio indubio pro consumidor, sobre el cual, en caso de duda, deberá adoptarse aquella que resulte más favorable o menos lesiva para los intereses del consumidor.

En la misma línea, advertimos que el artículo citado no supera un control de constitucionalidad a la luz del artículo 42 CN, en tanto vulnera de manera notoria los intereses económicos de los consumidores a quienes se les debe un especial resguardo y tratamiento, por lo que de no suspenderse los efectos de la compensación ante la impugnación realizada por el consumidor colisionaría con dicho precepto constitucional.

CONCLUSION.

Conforme se expuso, esta parte considera que el instituto analizado no puede ser aplicado en absoluto por créditos que tengan su causa-fuente en contratos

de consumo diferentes.

No así el caso de que se pretenda compensar deudas originarias de un mismo contrato de consumo en la medida en que cumplan con los requisitos de la compensación legal, siempre y cuando sea debidamente opuesta en tiempo y forma por el proveedor y el consumidor no la haya impugnado. En el primer caso entendemos que los efectos de la compensación no podrían comenzar a surtir efectos hasta tanto no sea opuesta y, en el segundo caso, de ser impugnada entendemos que los efectos deben suspenderse hasta tanto se resuelva la impugnación formulada por el consumidor.

Notas al pie:

- 1) Artículo 921 CCyCN.
- 2) Artículo 922 CCyCN.
- 3) Artículo 37 ley 24.240.
- 4) Anexo a la resolución S.C.D y D.C n°53/2003, inciso f).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 24 DE ABRIL DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.924, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1100, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.37, Ley 24.240*

Los procesos en materia de consumo

RECUPERO, MARCOS AGUSTÍN

Publicación: www.saij.gob.ar, 2 DE JUNIO DE 2020

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-JUICIO SUMARISIMO-GRATUIDAD DEL PROCEDIMIENTO-IN DUBIO PRO CONSUMIDOR

TEXTO

I. Acceso a la Justicia y Gratuidad en materia consumeril.

En primer término, previo a ingresar al proceso en sí mismo en materia de consumo corresponde analizar el acceso a la justicia en este tipo de trámites. En este sentido la Ley 24.240 ha intentado garantizar el acceso a cualquier consumidor, removiendo cualquier obstáculo de índole económico que podría dificultar el acceso a este tipo de proceso. Es así que consagra en principio la Justicia Gratuita en su art. 53 de la Ley 24.240.

Ahora bien, sobre este tema corresponde realizar dos observaciones. En primer término cabe analizar constitucionalmente la facultad del Congreso de la Nación para regular un tema de exclusiva competencia provincial como es la imposición de tributos, en este caso la tasa de justicia. En este sentido puede observarse que al legislar el Congreso Nacional sobre materia impositiva estaría invadiendo facultades provinciales, en virtud de tres razones: 1) legislaría sobre materia tributaria; 2) implicaría avanzar también sobre materia procesal; 3) la prestación del servicio de justicia también es competencia provincial. Resaltando sobre estos argumentos que dichas materias son competencias reservadas al ámbito provincial, no habiendo sido delegadas a la competencia Nacional (arts. 5, 75, inc. 12 y 121 de la Carta Magna).

La discusión sobre este tema se ha extendido a lo largo de las distintas jurisdicciones provinciales, siendo resuelto el mismo de manera diversa. Es así que en Córdoba la cuestión ha quedado zanjada por el Máximo Tribunal local, entendiendo que no es posible establecer una exención tributaria provincial en una norma emanada del Congreso Nacional, puesto que ello viola sin ningún lugar a dudas el reparto de competencias. (TSJ, Auto N° 09 del 18.02.13 en autos: "FIRST TRUST OF NEW YORK NATIONAL ASSOCIATION C/ ROJAS DEL GIORGIO DE ALFEI NORMA MABEL - EJECUCIÓN HIPOTECARIA- RECURSO DIRECTO (Expte. F-18-12)"). Así, ha dicho la Sala Civil y Comercial del Máximo Tribunal Local que "Por ello, la interferencia por parte del legislador nacional en materia local no puede ser admitida, pues tal proceder va en contra de uno de los basamentos fundamentales de nuestra organización federal, aspecto que no debe reducirse a considerar tal conflicto como una mera cuestión fiscalista" (del consid. N° IV.c), concluyendo luego que "En definitiva, corresponde considerar que son las provincias las que tienen competencia exclusiva para legislar en las materias tributarias no delegadas, siendo inaplicable el beneficio previsto en el art.53 ley 24.240" (del consid. N° IV e.).

En conclusión, adoptando la postura del Máximo Tribunal de la Provincia de Córdoba, correspondería en los ámbitos provinciales no hacer aplicación de este principio de gratuidad en lo que respecta a la tasa judicial, ya que la imposición o exención del pago de este tributo es una facultad propia y exclusiva de cada Provincia de la Nación.

Por otro lado, y como segunda postura a ser tenida en cuenta, es posible resolver este problema constitucional de distribución de competencias entre Nación y Provincias sin tener que llegarse al punto de declarar inconstitucional esta norma. Esta solución puede lograrse a través de una ley provincial que adhiera a la misma, o regular de igual forma dicho precepto (sin dejar de olvidar que la Ley de Defensa del Consumidor es de orden público, de acuerdo a lo prescripto en el art. 65 de dicho cuerpo normativo). Este principio de gratuidad consagrado en el art. 53 de la consumeril, puede ser entendido como una invitación efectuada por la Nación a las Provincias a adherir a esta gratuidad en favor del consumidor, dictando una ley que acoja

dicho principio, o en su caso adaptando los preceptos procesales para que el mismo se pueda realizar en la práctica. Un ejemplo de esta situación es lo legislado en la Provincia de Neuquén que por intermedio de la Ley Provincial N° 2.268 adhiere a la Ley Nacional 24.240 de Defensa del Consumidor (art. 1° de dicha Ley Provincial), y específicamente el art. 12 de dicho precepto provincial refiere que las acciones judiciales originadas en relaciones de consumo y que representen un derecho o interés individual gozarán del Beneficio de Justicia Gratuita.

Es decir, que por intermedio de una Ley Provincial se puede adherir al sistema instaurado por la Ley de Defensa del Consumidor (siempre en vistas de que dicha norma es de orden público), superándose de esta forma la imposibilidad del Congreso Nacional de legislar en materia tributaria que como refiriera es de competencia provincial.

Es así que puede afirmarse, en el caso de la Provincia de Neuquén, el principio de Justicia gratuita consagrado en la Ley 24.240 tiene plena aplicación en el territorio provincial, en virtud de la adhesión efectuada por la Ley Neuquina, N° 2.268. Súmese a esta última postura desarrollada que si bien es cierto, como principio general, que las normas procesales resultan una facultad no delegada por las provincias a la Nación, la CSJN, en reiteradas oportunidades y con el objetivo de asegurar la debida protección, efectividad, vigencia y ejercicio de los derechos fundamentales, legitimó la inclusión de institutos procesales en leyes nacionales o códigos de fondo, criterio que reitera al expresarse en torno a la cuestión en estudio(1).

Sin perjuicio de las dos soluciones posibles, a las que hiciera referencia previamente, cabe destacar que el acceso a la justicia en materia de consumo se encontraría ampliamente garantizado por intermedio de los institutos procesales propios de cada jurisdicción provincial, que garantizan y permiten el libre acceso a los particulares que no gozan de recursos suficientes para su acceso. En este sentido se destacan el Beneficio de Litigar sin Gastos y la Asistencia Jurídica Gratuita consagrados en la totalidad de los ordenamientos procesales de las Provincias de la Nación. Puede afirmarse entonces, que más allá de este beneficio de gratuidad consagrado en la Ley Consumeril, pueden hallarse otras vías que garanticen el acceso jurisdiccional del consumidor, reconociéndose por intermedio de dichos institutos procesales el carácter de orden público que la Ley 24.240 tiene (art. 65).

II. Alcance de la Gratuidad Normada.

La segunda cuestión a tener en consideración respecto de este art. 53 de la Ley 24.240, es el alcance que corresponde otorgarle a esta gratuidad del proceso consumeril, en caso de considerarlo aplicable en los procesos de competencia provincial. El tema en conflicto en este caso es si el art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor tiene aplicación únicamente en relación a la tasa de justicia, agotándose allí mismo, o si por el contrario es extensible a las costas procesales que pudieran recaer en el consumidor que inicia el mismo. Por un lado se encuentra la postura restrictiva que considera que lo normado en dicho artículo se refiere únicamente a la gratuidad para el consumidor en lo referente al acceso a la justicia, entendiendo que solo es una exención respecto de la tasa de justicia y demás contribuciones. Por el otro lado, una tesis amplia que extiende los efectos de esta gratuidad no solo a los gastos de inicio del proceso sino también a las costas que puedan recaer en cabeza del consumidor o usuario.

En lo que respecta a la tesis amplia, la misma refiere que la gratuidad instituida en la ley consumeril no puede limitarse únicamente a los gastos de inicio del proceso por diferentes razones. En primer término se destaca, que el mismo art. 53 otorga la posibilidad a la contraparte de iniciar un incidente a los fines de acreditar la solvencia de la parte que interpone una acción en los términos de la Ley 24.240. Si dicho precepto legal le otorga la posibilidad a la contraparte de acreditar la solvencia del accionante, no se puede apreciar cual sería el interés de la contraparte de iniciar este incidente a tales fines, si el beneficio de gratuidad alcanzara únicamente a la tasa judicial y los sellados de actuación.

Como segundo argumento a los fines de entender este principio de gratuidad con un criterio amplio, cabe destacar que el derecho de los usuarios y consumidores cuenta con protección explícita en la Constitución Nacional (art. 42), debiendo en cada caso en particular, en que se discutan cuestiones relativas a los derechos de los usuarios y consumidores, analizar dicha situación desde una óptica pro consumidor (art. 3 Ley 24.240). Es decir que en el análisis que corresponde efectuar sobre este beneficio de justicia gratuita para los consumidores, cabe extenderlo no solo a la tasa de justicia y gastos de sellado, sino incluso a las eventuales costas procesales que pueden recaer en cabeza del accionante.

Asimismo, al extenderlo a las costas, se buscaría no hacer dudar o disuadir a la persona o asociación que intente efectuar algún reclamo basado en la normativa consumeril. Esto es así, ya que de ser entendido en forma restrictiva, podrían darse casos de personas o asociaciones que no efectúen algún reclamo o inicien algún tipo de acción judicial por miedo a la eventual condena en costas que podría recaer en su cabeza.

En apoyo a este criterio amplio desarrollado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió específicamente sobre este tema en dos fallos: "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c. Banca Nazionale del Lavoro S.A. S/sumarísimo", desestimando un recurso extraordinario "sin especial imposición de costas en virtud de lo establecido en el art. 55, segundo párrafo de la ley 24.240"; y en "Cavaleri, Jorge y otros c. Swiss Medical S.A.", en donde declaró formalmente admisible el recurso extraordinario y confirmó la decisión apelada "sin especial imposición de costas en virtud de lo previsto en el art. 55, último párrafo de la ley 24.240". Estos fallos de la Corte Federal, si bien fueron emitidos en causas en que intervenían asociaciones de consumidores, permiten ratificar la postura amplia que sostiene que el beneficio de gratuidad dispuesto en la Ley 24.240 no agota sus efectos en la tasa de justicia y sellados de actuación, sino que extiende también sus alcances a las costas del proceso.

En este sentido amplio y con argumentos similares es que se han expedido respecto del Beneficio de Justicia gratuita para los consumidores (abarcativo de las costas judiciales) diferentes Cámaras y Tribunales Superiores de algunas provincias. Así resolvió optando por el criterio amplio, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén en Autos "ABOJER ILEANA EDITH C/ PIRE RAYEN AUTOMOTORES S. A. Y OTRO S/ INCIDENTE DE APELACIÓN E/A: 507835", de fecha 2 de Febrero del año 2018 (Sala Civil integrada por los Dres. Oscar E. Massei y Evaldo D. Moya). Este Máximo Tribunal refirió que "atendiéndonos al análisis de las normas del sistema, no es posible concluir que el beneficio de justicia gratuita previsto en las Leyes 24.240 (modificada por la Ley 26.361) y 2.268 abarque sólo los impuestos y sellados exigidos al iniciar el proceso judicial, y excluyan de la exención a los restantes gastos y/o costos que se producen hasta su finalización. Adviértase que los artículos 53 -como el 55- de la LDC y el 12 de la normativa local, no remiten al ordenamiento procesal, sino que confieren la gratuidad de la justicia sin otro aditamento ni exigencia (.) El texto legal en su último párrafo dispone que las acciones basadas en el derecho individual de los consumidores gozan del beneficio de justicia gratuita -presunción iuris tantum-, pudiendo la demandada demostrar la solvencia del actor mediante incidente para que este beneficio cese. Así, el legislador invirtió la carga probatoria de la solvencia del actor, que se traslada ahora al proveedor de bienes o servicios. El incidente de solvencia inserto en el artículo 53 de la LCD se justifica en la medida del interés del proveedor respecto de las costas del proceso. Es por ese motivo que se previó esa posibilidad, con el objeto de hacer cesar el beneficio en el caso en que se demuestre la capacidad económica del consumidor que inicia la acción. De otra manera, si se siguiera la postura restringida del alcance del beneficio de justicia gratuita, el único legitimado para iniciar el incidente de solvencia sería el Estado Provincial -Poder Judicial-, y también el Colegio de Abogados (...). Mas no tendría ningún tipo de intervención la parte demandada, tal como lo expresa la norma."

En lo que respecta a la postura restrictiva cabe destacar que en la Provincia de Córdoba en DJ del 12.08.15 C5a CC Cba. Auto N° 127. 29/04/15.

"Valentinuzzi Carlos Alberto y otro c/ HSBC Bank Argentina S.A.- ordinarios- otros- Recurso de apelación", se argumentó que este beneficio solo habilita el acceso a la justicia y la promoción de la acción sin incurrir en gastos, pero no desplaza ni alcanza a las costas.

III. Carta Poder.

El art. 53 de la Ley 24.240 determina como modo de facilitar el acceso a la justicia, además de la justicia gratuita referida en el punto que antecede, la posibilidad de "acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación". Y dicha reglamentación estableció que "el mandato se acreditará por medio de instrumento público correspondiente o con carta poder, con firma del otorgante certificada por autoridad policial o judicial o por escribano público. Podrá también otorgarse mandato mediante simple acta poder certificada por la autoridad de aplicación. La misma deberá establecer la identidad y domicilio del mandante y la designación, identidad, domicilio y firma del mandatario" (art. 53 dec. 1798/94).

Por lo que puede observarse que se le otorgan diferentes alternativas al consumidor que intenta iniciar un reclamo en los términos de la Ley 24.240 a los fines de otorgar un poder a su mandante para actuar en el proceso, reforzándose de esta forma el acceso a la justicia de los consumidores. Destacándose sobre este punto que la forma más sencilla para hacer uso de esta herramienta es suscribiéndose dicha acta poder por ante la autoridad judicial, que por aplicación analógica del art. 85 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación puede gestionarse a través de un acta poder ante el oficial primero del tribunal interviniente.

Sobre este tema cabe destacar que se ha afirmado que "la posibilidad de otorgar el mandato mediante simple carta poder o acta poder está prevista a favor del consumidor o usuario damnificado y no de la otra parte"(2). Y esto es lógico en razón de que con este instrumento se intenta garantizar el acceso a la justicia de la parte débil de la relación, esto es el consumidor, buscándose igualarse a ambas partes a la hora de actuar en el proceso.

IV. Competencia.

En lo que respecta a la competencia territorial en materia de reclamos basados en el Derecho de Consumo especial consideración cabe hacer respecto del art. 36 del cuerpo normativo que regula la materia. Dicho artículo hace referencia a este tema en relación a los conflictos que se originen en virtud de créditos para el consumo, estableciendo el último párrafo que "será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía...". Es decir entonces que se otorgan cinco alternativas para el consumidor en lo relativo a la competencia territorial: a) el juez del lugar del consumo o uso; b) el juez del lugar de celebración del contrato; c) el juez del domicilio del consumidor o usuario; d) el juez del domicilio del demandado; e) el juez de la citada en garantía. Son cinco opciones que se confían a la libre elección del consumidor y que, obviamente, en ningún caso podrán habilitar una excepción de incompetencia territorial por parte del proveedor o prestador(3).

Asimismo el mencionado art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor, en su último párrafo incorpora al texto normativo una pauta novedosa -inexistente en la preceptiva originaria de la ley 24.240-, que altera o limita las perspectivas de determinación convencional por las partes de la competencia territorial de los tribunales que deban conocer en caso de conflicto judicial derivado de la vinculación negocial consumerista, poniendo de resalto el carácter de microsistema de orden público que hace a la esencia de la ley de protección a los consumidores y usuarios.

Según él, deberá ser competente para conocer en los litigios que se generen de resultas de la relación entre prestador y consumidor el tribunal que corresponda -territorialmente- al domicilio real del consumidor, siendo nulo

todo pacto en contrario convenido previamente entre las partes, y cualquiera que sea la sede o domicilio (general o especial) del proveedor, o el lugar de celebración del contrato. Se sostiene sobre este punto, que en caso de que en el contrato de consumo se hubiere incluido una cláusula expresa de prórroga de jurisdicción, no hará falta lograr judicialmente primero la descalificación de la misma por vía de su declaración de nulidad, toda vez que esa ineficacia (que implica un supuesto de nulidad y no anulabilidad, y además relativa porque tutela los intereses singulares del consumidor) opera directamente ministerio legis.

No hay dudas, en la doctrina, respecto a que si el consumidor, beneficiario directo de la disposición bajo análisis, es demandado en otra jurisdicción que no sea la de su domicilio real (las normas procesales locales, tal como acontece, v. gr. con el artículo 5º, inciso 3º, del CPCCN para el ejercicio de acciones personales, suelen prever como alternativas válidas de determinación territorial de competencia, a elección del actor, el lugar del domicilio del demandado, o el de celebración o de cumplimiento de los efectos del contrato), podrá interponer la condigna excepción de incompetencia con sólo acreditar la sede de su domicilio real, y sin necesidad de lograr la previa ineficacia de cualquier pacto de prórroga que pudiera estar incluido en el instrumento en el cual se documenta el contrato consumerista.

Ahora bien la duda surge respecto a la posibilidad de los jueces intervinientes de declarar de oficio la incompetencia en caso de llegar a su conocimiento una cuestión que encuadre en los presupuestos del art. 36 de la Ley 24.240. Es decir que se plantea el interrogante de si, no mediando - todavía- excepción de incompetencia articulada por el consumidor demandado, el carácter de orden público que informa la legislación consumerista justifica la declaración oficiosa de ineficacia de dicha prórroga. Se ha expuesto para justificar tal declaración oficiosa, por una parte el rango de orden público que informa a la legislación tuitiva de los consumidores y usuarios (conforme a la previsión del art. 65 de la ley 24.240), que incluso prioriza a nivel nacional la preceptiva del artículo 36 de la ley 24.240 por sobre las eventuales opciones territoriales para la radicación de la demanda que prevén los ordenamientos procedimentales locales, y, por lo demás, que aun no mediando un pacto de prórroga de jurisdicción, si se interpretase que el hecho de demandar ante los tribunales con sede en otro lugar distinto al del domicilio real del consumidor implica sólo una mera propuesta del actor para que, si el demandado la acepta, se active el desplazamiento de atribución jurisdiccional, se estaría no ante un pacto expreso sino tácito de prórroga, pauta admitida en general para otras relaciones jurídicas, pero excluida legalmente en materia consumerista.

En tal sentido se ha resuelto que "atento el carácter de orden público de la Ley de Defensa del Consumidor, resulta insoslayable considerar que lo preceptuado en el art. 36, Ley 24240, devienen prevalente por sobre las normas procesales locales. Consecuentemente, la demanda debe instaurarse sólo en el domicilio real del consumidor, teniendo el Juez el deber de actuar de oficio a fin de restablecer el imperio de la regla atributiva de competencia. En autos, se desestima el recurso de apelación y se confirma la declaración oficiosa de incompetencia territorial dispuesta por la baja instancia para entender en la demanda ordinaria por cobro de pesos por considerar que las condiciones personales de las partes imponen presumir que se trata de una relación de consumo. Atento a que la legislación consumerista expresamente declara la nulidad de cualquier pacto tendiente a desplazar la competencia (del pagaré agregado surge que las partes pactan expresamente la competencia de los tribunales de Reconquista y el consumidor se domicilia en Villa Ana), corresponde que entienda en la causa el juzgado en lo civil y comercial con jurisdicción territorial en el domicilio real del consumidor"(4). En igual forma se ha resuelto, manifestándose que "los jueces se encuentran autorizados a declarar de oficio la incompetencia territorial a partir de la constatación (mediante elementos serios y adecuadamente justificados) de la existencia de una relación de consumo a las que se refiere el art. 36 de la ley 24.240(5).

Por otro lado en relación a la competencia en las relaciones de consumo, cabe destacar también que este precepto dispuesto en el art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor no es solo aplicable a las cuestiones relacionadas a

los créditos para el consumo, sino que además debe ser extendido a todos aquellos procesos en que se discuta relaciones que tienen su origen en el Derecho del Consumidor. Y considero que debe hacerse esta interpretación, en virtud del principio general establecido en el art. 3 de la Ley 24.240, de interpretación más favorable para el consumidor, ya que no tendría razón lógica fijar este criterio de competencia solo para aquellos casos en que el consumo esté garantizado a través de un crédito, más que no sea extensible a las situaciones cotidianas de consumo, en las cuales incluso puede llegar a una situación más desfavorable para el usuario o consumidor, obligándolos a litigar en una jurisdicción alejada de su domicilio. Debe aclararse entonces que no se encuentra fundamento jurídico razonable para limitarlo únicamente a los créditos para el consumo y no a las restantes situaciones consumeriles, en donde se intenta proteger a la parte más débil.

V. Tipo de Proceso Aplicable.

En lo que hace al trámite a imprimirse respecto de un reclamo basado en la Ley de Defensa del Consumidor corresponde destacar que de conformidad a lo dispuesto por el art. 53 el magistrado interviniente deberá imprimir las normas del proceso más abreviado disponible en la jurisdicción. En el caso de la Provincia de Neuquén, y a nivel nacional dicho trámite será el del proceso sumarísimo, regulado en el art. 498 del C.P.C.C.

Asimismo dicho precepto normativo deja abierta la posibilidad de que a pedido de parte, en atención de la complejidad de la situación analizada se podrá disponer, por resolución fundada, imprimir un trámite de conocimiento más amplio. Esta posibilidad de modificar el trámite que debe imprimirse a un proceso consumeril fue incorporado por la reforma de la Ley 26.361, y sobre el mismo se ha afirmado que "debe imperar... el criterio de oeficaciao (art. 42 de la Constitución Nacional), sobre el de obreviado (art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor) y permitirle al juez, en su carácter de director del proceso, determinar ante una petición expresa de las partes, el proceso que garantice el derecho de defensa en juicio"(6).

Puede observarse que de acuerdo a lo que surge del texto de la norma la petición en relación a modificar el proceso a imprimirle a un reclamo de consumo corresponde a cualquiera de los litigantes, ya sea consumidor o proveedor, pero en caso de que sea solicitado por el demandado (proveedor), especial consideración habrá que prestarle al principio pro consumidor que rige en todo el marco legal del derecho de consumo (art. 3 LDC). Por lo que en consecuencia, considero que en caso de que la petición por parte del demandado de modificar el proceso, y pasar de un proceso sumarísimo que podría otorgarle inmediata y rápida respuesta al reclamo del consumidor, para pasar a un sumario o un ordinario, cabría analizar con sumo cuidado los argumentos vertidos por la parte accionada, entendiendo en tal sentido que en caso de duda, habrá que priorizar los intereses de los usuarios y consumidores que se encuentran ampliamente protegidos por la Ley 24.240, debiendo en tal caso mantenerse el proceso sumarísimo, en caso de que sea lo más conveniente para el accionante.

Por otro lado, especial consideración merece el momento procesal en que cualquiera de las partes puede realizar este pedido de modificar el proceso aplicable a este tipo de trámites, ya que dicha decisión influirá sobre la totalidad de los actos procesales a realizarse en el mismo, como por ejemplo en relación al ofrecimiento de prueba o los plazos a aplicarse. Sobre este punto se ha manifestado que "esta petición le corresponde a cualquiera de los litigantes, pero si la oposición al trámite sumarísimo la propone el demandado, debe hacerlo dentro del plazo de tres días de notificado (art. 498, inc. 3° del Código Procesal de la Nación), atento a que no es factible deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento ni reconvencción"(7).

Asimismo, sobre el momento procesal para realizar dicha solicitud Díaz Villasuso aclara que "... si la opción la ejerce la actora lo hará al momento de incoarse la demanda, pero deberá tener la precaución de ofrecer toda la prueba de la que haya de valerse en caso de que la pretensión de reconducir la vía sea rechazada. Ahora bien, si la opción la ejerce la demandada, ello genera un verdadero inconveniente, desde que no se aclara si deberá reponer el

decreto que da trámite o interponer un incidente a tal fin, con el riesgo que ello conlleva a los fines de cumplir adecuadamente la carga que impone el rito, que para el caso del juicio abreviado condensa en un acto la comparecencia, la oposición de excepciones y el ofrecimiento de toda la prueba, salvo, claro, la documental y confesional"(8).

Por lo que en definitiva puede afirmarse que sin perjuicio de que con la reforma introducida en la Ley de Defensa del Consumidor se flexibilizó el trámite que debe imprimirse a los reclamos de consumo, se advierten problemas tales como el momento en que la petición debe ser planteada, ya que en principio el juez deberá imprimir el trámite más abreviado en la jurisdicción provincial, en vistas de que solo procede a petición de parte; y la especial consideración que debe atenderse cuando el pedido es efectuado por el proveedor (parte demandada), en vistas de que la normativa consumeril tiende a proteger a la parte más débil de la relación de consumo, esto es al consumidor. Por lo que en caso de hacerle lugar a lo solicitado por la "parte dominante" de dicha relación se podría llegar a violar dicho principio consagrado en el art. 3 de la Ley 24.240.

VI. Intervención del Ministerio Público Fiscal.

Otra circunstancia a tener en cuenta en todo proceso de consumo es la intervención que debe otorgársele al Ministerio Público Fiscal. En tal sentido, independientemente de la legitimación procesal que se le otorga para intervenir en este tipo de proceso, esto es en el carácter de parte activa, la ley 24.240 confiere al Ministerio Público Fiscal la función de intervenir en el proceso como "fiscal de la ley", en aquellos casos en los que no sea parte y, en el caso de abandono de una acción iniciada por una asociación de defensa del consumidor, deberá asumir su "titularidad activa".

Esta participación en su carácter de fiscal de la ley se fundamenta en los intereses protegidos que gozan de jerarquía constitucional (art. 42 CN), situación que se ve reflejada en el carácter de orden público que tiene esta ley (art. 65 de la Ley de Defensa del Consumidor). Por lo que de acuerdo a esto, obligatoriamente en todo proceso consumeril, el Tribunal, para el caso de que dicho organismo no sea parte en el proceso, deberá darle intervención en el proceso como garante de ese orden público, debiendo ponerlo en conocimiento en el primer decreto a dictarse dentro del proceso, a los fines de que el mismo pueda fiscalizar el mismo, y realizar las intervenciones que considere pertinentes en salvaguarda de los derechos que se encuentran protegidos tanto por la normativa específica como para la Constitución Nacional.

Es en tal carácter que la omisión de dar intervención al Ministerio Público Fiscal en un proceso de estas características podría acarrear la nulidad del proceso, y no por la circunstancia de que dicho organismo defienda en un caso particular los intereses del actor que petitiona la protección de sus derechos (en el caso de un proceso individual), sino porque se encuentran en juego derechos de incidencia colectiva, que deben ser protegidos por el Estado a través del Ministerio Público Fiscal. En este sentido se ha dicho 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. En otras palabras, la intervención obligada del Ministerio Público no es a los fines que represente al particular damnificado en la relación de consumo, ni que actúe en el nombre de una Asociación de consumidores, sino que interviene por un interés actual, colectivo y relevante, en defensa del orden público y de la ley, resguardando la regularidad del proceso en el que se encuentra en juego un derecho de incidencia colectiva y garantizando la fiel observancia de los derechos expresamente consagrados en la propia Constitución Nacional. En mérito a ello, el sólo silencio del consumidor o la omisión de éste de solicitar al Tribunal se garantice la debida intervención del Ministerio Público en el litigio, no resulta motivo que autorice tener por subsanada o consentida la nulidad en la que se incurre al no darse intervención al Ministerio Fiscal en los procesos que expresamente se han enmarcado en la ley de Defensa al Consumidor(9)."

VII. La Prueba.

En relación a la carga probatoria, o reglas de aplicación en relación a la prueba, el art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor establece que "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". Y en relación a este tema se ha discutido respecto del significado de dicho precepto normativo, discutiéndose si es una aplicación de las cargas probatorias dinámicas, imponiendo en el proveedor que se encuentra en mejor posición para probar la obligación de aportar elementos de prueba, o si en cambio se refiere únicamente a un deber de obligación en cabeza del mismo, pasando asimismo por posturas intermedias.

En primer lugar se ha destacado que se establece "en materia de litigios de consumo, la regla de las ocargas probatorias dinámicas ordenando al proveedor 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"(10). Por lo que de acuerdo a esta postura es una simple consagración del principio de las cargas probatorias dinámicas, esto es que el peso de la prueba recae sobre la parte que está en mejores condiciones de producirla, o posee a su alcance, con mayor facilidad, los medios para el esclarecimiento de los hechos, en virtud de que su situación, es de superioridad técnica o fáctica con respecto a la contraparte.

Por otro lado, un segundo grupo de autores refiere que el art. 53 en cuestión, "únicamente pone en cabeza del proveedor el deber de aportar al proceso los elementos de prueba que se encuentren en su poder -o deban estarlo-, pero no determina que recae sobre él la carga de producir la prueba pertinente. En consecuencia, no se trata de un supuesto de inversión de la carga de la prueba, sino, únicamente, de un deber agravado que se establece en cabeza del proveedor de bienes o servicios (...) el incumplimiento del deber de conducta y colaboración en materia probatoria no tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba, sino que genera un indicio que permitirá al juez presumir el hecho invocado por el consumidor"(11). Por lo que de acuerdo a esta postura, en definitiva el consumidor sigue teniendo la carga de la prueba de los hechos en que basa su reclamo, no trasladándose la misma al demandado, sino recayendo sobre el accionado el deber de aportar aquellos elementos que tengan en su poder, estableciéndose únicamente que en el caso de que no cumpla con el mismo, se genera un indicio en la convicción del juzgador a la hora de resolver la controversia. Por lo que en definitiva, en un primer momento y como condición necesaria para poder hacer valer este precepto normativo, el mayor peso de la carga probatoria recaerá sobre el usuario o consumidor quien deberá acreditar las circunstancias fácticas que permitan hacerle pesar este deber al proveedor de bienes o servicios, quien se verá en situación de discutir en primer lugar dichos hechos alegados por el accionante.

Finalmente, y como postura intermedia, se destaca que "en rigor, la ley 26.361 adopta una forma de carga dinámica, en realidad solo un deber genérico de colaboración, desde que no traslada el riesgo probatorio en cabeza del proveedor, que no caben dudas de que es quien se encuentra en mejores condiciones probatorias, por la evidente superioridad técnica y económica. Sostenemos que en realidad es un tipo de carga dinámica desde que si bien no desplaza per se el onus probandi, implica un aligeramiento del mismo. En términos simples, en caso de que el proveedor incumpla la carga impuesta por el estatuto del consumidor, tal actitud solo podrá erigirse en una mera presunción en contra de éste (estrictamente un indicio, analizada la conducta a la luz de los arts. 316 CPCC Córdoba y 163, inc. 5°, CPCCN), sin que exista -en principio- inversión de la carga probatoria. Es por tanto una consagración legal de principios caros al derecho procesal, como lo son la lealtad, probidad y buena fe"(12).

En conclusión, más allá de las posturas referidas que se adopte, puede afirmarse que con el dispositivo legal busca protegerse y trasladar en cierta

forma los aportes probatorios a la demandada (proveedor), quien es la parte más fuerte en la relación de consumo. Independientemente de que dicha disposición implique el traslado de la carga probatoria a los proveedores de bienes o servicios, o simplemente configure una posibilidad de indicio en su contra en caso de que no lo haga, puede observarse que se intenta aplicar el principio consumerista de protección a la parte más débil de la relación, intentando igualar procesalmente la relación desventajosa en que se encuentra el usuario o consumidor respecto de la contraparte. Puede advertirse que quizás no es ésta la mejor manera de lograrlo, ya que nuevamente una normativa de fondo invade cuestiones procesales, como lo es el tema de la carga probatoria en los procesos, pero también puede advertirse que este es un instrumento a los fines de hacer valer el bien jurídico protegido en esta ley de fondo, esto es las relaciones de consumo.

VIII. Conclusión.

Como conclusión de lo desarrollado en relación a los procesos en materia de Consumo, cabe destacar un aspecto positivo y otro negativo. En primer lugar, corresponde poner de resalto que con los aspectos procesales comentados se refuerza a través de aspectos procesales la protección de la parte más débil de la relación jurídica de consumo, esto es el consumidor, en vistas de la posición dominante que tiene el proveedor de bienes y servicios. Puede observarse en tal sentido que las reglas procesales destacadas, esto es el proceso abreviado, las cargas de la prueba dispuestas, la competencia, la garantía del acceso a la justicia (gratuidad), entre otros institutos, tienden a igualar esta situación desventajosa en que se encuentran los consumidores a la hora de iniciar algún tipo de reclamo.

Pero, por otro lado, todos estos institutos procesales reconocidos tienen el defecto de haber sido regulados en una ley de fondo, violándose de esta forma las competencias provinciales, en materia procesal, que no se encuentra delegada a la Nación. Quizás la correcta forma de compatibilizar este problema sería que las Provincias regulen en forma similar estos aspectos procesales, o simplemente que por intermedio de una ley provincial se adhieran a lo dispuesto en la Ley de Defensa del Consumidor. Sin perjuicio de esta crítica no debe pasarse por alto el carácter de orden público de esta normativa de fondo, y tener presente el derecho que se intenta proteger. Asimismo vale recordar lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a temas de esta naturaleza: Las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio (Corte Suprema de Justicia; Fallos: 310: 870 y 319:625).

Notas al pie:

*) Marcos Agustín Recupero, Abogado Relator en Cámara Provincial de Apelaciones de Neuquén en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y de Familia, con competencia en la II, II, IV y V Circunscripción Judicial (Cámara Civil del Interior)- Provincia de Neuquén.

1) (FALLOS: 138:157; 141:254; 143:294; 162:376; entre otros).

2) (Farina, Juan M., "Defensa del Consumidor y del Usuario", 4° de. Actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 572).

3) (conf. Gabriel Stiglitz - Carlos A. Hernández "Tratado de Derecho del Consumidor" Tomo IV, pág. 148; Ed. Thomson Reuters La Ley).

4) (0.0302381 || Confina Santa Fe S.A. vs. Mendoza, Sonia Lidia s. Juicio ordinario /// CCCL, Reconquista, Santa Fe; 13/08/2012; Rubinzal Online; 261/2011; RC J 7132/12).

5) (Por unanimidad, fundamentos del voto del Dr. Hitters, al que adhirieron los Dres. Genoud, Kogan, Negri, Pettigiani y De Lázzari con ampliación de fundamentos - 0.0354167 || Crédito Para Todos S.A. vs. Estanga, Pablo Marcelo s. Cobro ejecutivo /// SCJ, Buenos Aires; 03/09/2014; Rubinzal Online; 117245; RC J 8621/14).

6) (Sáenz Luis R. - Silva, Rodrigo "Comentario al art. 53", en Picasso, Sebastian - Vazquez Ferreyra, Roberto, "Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada", t. I, La Ley, Buenos Aires, 2009, págs. 658/659).

7) Gozaini, Osvaldo Alfredo, "Protección Procesal del Usuario y Consumidor"

pág. 390.

8) Díaz Villasuso, Mariano A., "Reforma al estatuto del consumidor. Impacto en los ordenamientos adjetivos provinciales", SJA, 10/3/2010. activa".

9) 0.000560032 || Fernández, Ruperto vs. Libertad S.A. s. Ordinario - Cobro de pesos - Recurso de apelación - Recurso de casación /// TSJ, Córdoba; 03/06/2015; Rubinzal Online; 1741312/36; RC J 5098/15.

10) Martínez Medrano, Gabriel, "Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. Ley 26.361", Microjuris, MJ- DOC-3441-AR I MJD3441.

11) Sáenz, Luis R. J., "Distribución de la carga de la prueba en las relaciones de consumo", La Ley, 24/6/2015,9; AR/DOC/1890/2015.

12) (Díaz Villasuso, ob. y loc. Cits.).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 2 DE JUNIO DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.5, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Constitución de la Nación Argentina Art.75, Constitución de la Nación Argentina Art.121, Ley 17.454 Art.5, Ley 17.454 Art.85, Ley 17.454 Art.163, Ley 17.454 Art.498, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.36, Ley 24.240 Art.53, Ley 24.240 Art.55, Ley 24.240 Art.65, Ley 24.240, LEY 26.361, Ley 8.465 Art.316, LEY 2.268

Ref. Jurisprudenciales: "ABOJER ILEANA EDITH c/ PIRE RAYEN AUTOMOTORES S.A. y OTRO s/ INCIDENTE DE APELACION", TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. NEUQUEN, 02/02/2018SENTENCIA

REF. BIBLIOGRAFICAS

1) Farina, Juan M., "Defensa del Consumidor y del Usuario", 4° de. Actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2008.

2) Gabriel Stiglitz - Carlos A. Hernández "Tratado de Derecho del Consumidor" Tomo IV; Ed. Thomson Reuters La Ley.

3) Picasso, Sebastian - Vazquez Ferreyra, Roberto, "Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada", t. I, La Ley, Buenos Aires, 2009.

4) Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "Protección Procesal del Usuario y Consumidor".

5) Díaz Villasuso, Mariano A., "Reforma al estatuto del consumidor. Impacto en los ordenamientos adjetivos provinciales", SJA, 10/3/2010.

6) Martínez Medrano, Gabriel, "Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. Ley 26.361", Microjuris, MJ-DOC-3441-AR I MJD3441.

7) Sáenz, Luis R. J., "Distribución de la carga de la prueba en las relaciones de consumo", La Ley, 24/6/2015, 9; AR/DOC/1890/2015.

8) <http://www.rubinzalonline.com.ar/>.

El abuso de posición dominante

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 12 DE MAYO DE 2020

TEMA

RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DE LA COMPETENCIA-LEALTAD COMERCIAL-EMPRESA
COMERCIAL-ABUSO DE POSICION DOMINANTE-LIBERTAD DE CONTRATAR

TEXTO

A). La posición dominante.

I. Presentación. Dos formas abusivas diferentes.

El abuso de posición dominante, incorporado en el art. 11 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial, es un instituto complementario y derivado del abuso de derecho dispuesto en el art. 10 del CCyC. Al menos, así es como fue pensado por los legisladores reformistas del CCyC: El ejercicio abusivo incluye la posición dominante, pero debe aclararse que se trata de la posición en el mercado. El fundamento de este agregado es que el principio protectorio siempre presupone que alguien domina a otro, pero las reglas a través de las cuales se aplica dicho principio de política legislativa son diversas y cada una tiene su fundamento específico(2).

Es evidente que la situación abusiva supone una forma de dominio excesivo e injusto que un sujeto ejerce sobre otro en el marco de un acto jurídico concreto. Sin embargo, pensamos que la posición dominante establecida en el art. 11 del CCyC no está referida a una desproporción de fuerzas entre sujetos, sino que se refiere a una situación contextual de mercado.

Para Lorenzetti, El ejercicio abusivo incluye la posición dominante, pero debe aclararse que se trata de la posición en el mercado. El fundamento de este agregado es que el principio protectorio siempre presupone que alguien domina a otro, pero las reglas a través de las cuales se aplica dicho principio de política legislativa son diversas y cada una tiene su fundamento específico: buena fe, abuso del derecho, etcétera. Si se incluyera una norma que se refiera sólo a la posición dominante, perderían sentido todas las demás y las absorbería, con gran perjuicio general del sistema y de su adaptabilidad, ignorando la doctrina y jurisprudencia(3).

El abuso de derecho está más relacionado con la trama jurídica que vincula a las personas, mientras que el abuso de posición dominante describe -con las excepciones que más adelante veremos- la conducta de las corporaciones que dominan el mercado valiéndose de conductas distorsivas.

Ramiro Prieto Molinero, a quien citaremos con críticas y elogios, examinó con profundidad todos los aspectos relacionados a la figura del abuso de posición dominante. Este autor explica que entre el liderazgo y el abuso de posición hay una relación de necesidad, pero no de suficiencia. La situación de liderazgo es la condición necesaria pero no suficiente para cometer esta clase de abuso: (Basta la mera prevalencia o dominio de un mercado para que el derecho actúe? El propio nombre 'abuso de posición dominante' nos da una respuesta: la posición dominante se permite, lo prohibido es el 'abuso' de ella(4).

Otros autores, prefieren tomar un rumbo diferente y no detenerse tanto en esa discusión acerca de la equivalencia conceptual entre liderazgo del mercado y abuso de posición dominante. Para ellos, y nosotros coincidimos, lo determinante del abuso de posición dominante radica en un hecho de notable singularidad: las empresas que ejercen el dominio se mantienen independientes y hasta casi aisladas del comportamiento de sus competidores, como si les fuera indiferente lo que hacen porque saben que, hagan lo que hagan, no podrán peligrar ese dominio. En ese orden de ideas, Rivera y Crovi sostienen que: La posición dominante es la que ejerce una empresa cuando tiene posibilidad de comportamiento independiente, que la pone en condiciones de actuar sin tener

en cuenta los competidores, los compradores o los proveedores.(5).

Es cierto que no todas las empresas que lideran el mercado abusan de su primacía, sin embargo, no puede negarse que la frontera que divide el liderazgo lícito del dominio abusivo es delgada y, según pensamos, requiere que el Estado intervenga para evitar que el líder caiga en la tentación de abusar de esa condición(6).

En algunos países, como en Estados Unidos, se previene el mero liderazgo porque esa preponderancia es la que engendra la fascinación por el abuso, la cartelización y los arreglos non santos entre unas pocas empresas grandes que excluyen a las otras más pequeñas. En Europa en general y en nuestro país en particular, lo ilícito no es el liderazgo sino el abuso de esa condición. Es más, la propia referencia a una 'posición dominante' importa haber adoptado una metodología específica a la hora de regular el mercado. En efecto, y mientras en EE. UU se ha tendido a evitar posiciones dominantes penalizando la formación de monopolios; la Unión Europea, en cambio, toma a la posición dominante como un dato de la realidad que resulta de la propia dinámica de los mercados y sólo se orienta a sancionar el abuso(7).

II. Una nueva puja entre la seguridad jurídica y la equidad.

Cualquiera sea la definición legal que se adopte o la posición ideológica que se sostenga, el abuso de posición dominante previsto en el art. 11 del CCyC debe ser visto como otra limitación legal a la contratación entre privados. Es decir, hay cuestiones que no pueden pactarse contractualmente porque ellas determinan un ejercicio abusivo de posición.

En este tópico aparecen nuevamente enfrentadas las reglas de la seguridad jurídica y las de la equidad. Las primeras procuran que la libertad contractual de las empresas no sea obstaculizada mientras que, desde la perspectiva de la equidad, se advierte que esa libertad desampara a las empresas más pequeñas que quedan a merced de las más poderosas.

Esta nueva puja de intereses concretos justifica que analicemos este género del abuso de derecho. Ramiro Prieto Molinero, como antes dijimos, ofrece una mirada lúcida, pero un tanto ideológica, que compartimos parcialmente. Así, al analizar el nuevo art. 11 del Código unificado sostiene que: La formulación del art. 11 del CCCN no plantea dudas en cuanto a su propósito: la cláusula de abuso del derecho se aplica también al abuso de posición dominante en el mercado. Esto es claro. Otra cosa será que los resultados a obtenerse con la norma sean compatibles con los que necesita una sociedad organizada sobre la base de la libre competencia como pilar para su desarrollo económico y social. Con esto, claro está, no queremos decir que la norma no sea susceptible de aplicación, sino, más bien, que la misma puede llevar a resultados impredecibles en un ámbito como el de la regulación económica donde lo que se requiere es, ante todo, certeza(8).

Cada vez que una norma o un criterio jurisprudencial novedoso se manifiestan con formas protectorias y tuitivas aparece la misma crítica: la intervención amenaza la libertad contractual y hace inestable la seguridad jurídica, como si éste fuera el único bien jurídico digno de protección. El mismo autor concluye que. En Argentina existe una propensión a considerar al abuso del derecho como una suerte de excusa a la que pueden acudir los jueces cuando lo estimen conveniente para introducir valoraciones de 'equidad y 'justicia' y con esto no sólo se lo empobrece, sino que, en la práctica, se hace cierta la crítica de la doctrina liberal clásica en el sentido de que el instituto llevaba al colapso(9).

Estas afirmaciones suscitan dos críticas. Veamos. En primer lugar, no compartimos que exista una tendencia descuidada a utilizar el instituto del abuso de derecho por parte de la jurisprudencia. Por el contrario, pensamos que la tendencia jurisprudencial en materia de abuso de derecho es por demás restringido.

En segundo término, la reflexión de Molinero descubre lo que decíamos en la presentación: el tema tiene aristas ideológicas. En los últimos 150 años,

cada vez que apareció una reforma legislativa de contenido progresista (liberal) se alzaron voces aduciendo que esas vanguardias harían colapsar el sistema capitalista (conservador); así, pasamos del sistema ultra individualista del Código Velezano de 1871 a la reforma del año 1968, que modificó profundamente todos los paradigmas del liberalismo más cerrado. Sin dudas, la reforma de la ley 17.711 tuvo una importancia mucho más profunda que la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial: nosotros pensamos que los verdaderos cambios paradigmáticos fueron los establecidos en la reforma del año 1968 y no los parches cuasi progresistas incorporados por la ley 26.994.

Empero, más allá de las preferencias por una u otra ley, siempre aparecen las mismas críticas diciendo lo mismo: el cambio traería el derrumbe del sistema capitalista. A tantos años vista no está mal recordar, para tranquilidad de unos y otros, que el capitalismo y la economía de mercado están cada vez más robustos y más lejanos de las catástrofes anunciadas con más escándalo que precisiones estadísticas. Afortunadamente, y según nuestro pensamiento, esa robustez del capitalismo moderno no es incompatible con la búsqueda de nuevas soluciones jurídicas que achiquen la brecha entre la seguridad jurídica y la equidad en las relaciones jurídicas.

Pero volviendo a la figura contemplada en el art. 11 del CCyC, podemos agregar que ella tiene su antecedente legislativo en los arts. 1, 4 y 5 y concordantes de la ley 25.156 (Ley de Defensa de la Competencia)(10). El abuso de posición dominante regula la forma en que compiten las distintas corporaciones que operan en un mismo mercado; la vinculación que este instituto tiene con los usuarios y consumidores es indirecta.

A nuestro modo de ver, esta forma específica del abuso afecta particularmente a otro sujeto que es tan vulnerable como el consumidor individual, pero que está mucho menos protegido legalmente. Nos referimos, naturalmente, a las empresas más pequeñas del mercado. O comenzamos a ocuparnos de las Pymes o nuestra economía sufrirá otro colapso económico mucho más grave que el que suponen meras tensiones entre normas jurídicas.

III. La pequeña y mediana empresa: otro sujeto vulnerable.

(a) Presentación.

Las vicisitudes que sufren las empresas medianas y pequeñas en Argentina, en un mercado cada vez más concentrado, presentan varias aristas que no alcanzaremos a analizar en este trabajo. Empero, no es dudoso sostener que las PyMEs requieren atención y cuidado del sistema legal por la importancia que ellas tienen en la economía nacional. Según datos del Ministerio de Producción de la Nación, el 99 % de las empresas argentinas son Pymes y más de 4 millones de argentinos trabajan para uno de estos emprendimientos. Ello equivale a decir que las empresas pequeñas y medianas crean el 70% del trabajo formal de la Argentina(11).

En líneas generales, y sin intención de crear una definición formal, puede decirse que una Pyme es un emprendimiento comercial limitado por el número de empleados que ocupa y/o por el volumen de facturación anual que genera dicho emprendimiento.

Las ventajas comparativas de los emprendimientos de menor envergadura es que pueden ser gestionados con estructuras administrativas reducidas. Asimismo, requieren una menor inversión de inicio y gastos corrientes más reducidos que las empresas más grandes. Sin embargo, debido a su menor tamaño, y a su reducido poder financiero, tienen enormes dificultades para acceder a créditos que necesitan para afrontar las severísimas cargas tributarias del sistema impositivo argentino. Definitivamente, y más allá de los textos legales, hace tiempo que nuestro país no encuentra la forma de estimular a los pequeños y medianos emprendimientos empresarios.

No parece exagerado afirmar que las PyMEs, arrojadas en un mercado voraz, son tan débiles como los consumidores cuando se relacionan con los grandes proveedores. Sin embargo, para bien o para mal y con defectos y aciertos, la

ley 24.240 da respuestas acordes al problema de los usuarios y consumidores.

Las pequeñas empresas no gozan de la protección de la ley 24.240 por una razón sencilla: no son consideradas consumidores. Como bien dice Héctor Alegria: A pesar de opiniones doctrinarias que propugnan extender la protección de la LDC a las medianas y pequeñas empresas (PYMES), considerándolas en todo caso consumidoras, nuestra ley no ha extendido su área de tutela a todos estos casos(12).

En conclusión: las PyMEs son tan débiles como los consumidores, pero tienen muchas menos protecciones legales y están obligadas a competir con rivales más fuertes, sin chances verdaderas de prevalecer. Además, y para cerrar un círculo de vulnerabilidad, cuando actúan como proveedores de bienes y servicios deben alcanzar el mismo estándar de calidad y eficiencia que la ley 24.240 les exige a todos los empresarios que ofrecen productos en el mercado de consumo. A modo de ejemplo, si un organismo oficial modifica una reglamentación, su aplicación es inmediata y obligatoria para todos los proveedores, sean grandes o pequeños; no obstante, en muchos casos su cumplimiento puede significar la quiebra de una PyME. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que buena parte de la doctrina nacional sostiene que tanto los consumidores como las empresas más pequeñas tienen suficiente protección legal y que no requieren de tutelas adicionales(13).

No pretendemos en este trabajo analizar los pormenores de la ley 27.264, sino examinar cómo es la convivencia en el mercado de las grandes y medianas empresas. En ese orden, los primeros interrogantes que surgen son: (es posible la convivencia entre las PyMEs y los grandes grupos económicos? (Qué clase de relaciones contractuales mantienen entre ellos? (Es necesaria la intervención del Estado para equilibrar las fuerzas dispares y garantizar una cierta equidad en las reglas del mercado?.

La respuesta a estos interrogantes es para nosotros evidente: sin leyes especiales que se ocupen de las necesidades, también especiales, de las pequeñas empresas ellas están condenadas a la derrota en una competencia paródica.

Pese a que todos conocen la importancia de las PyMEs, tanto como sus limitaciones económicas y financieras, el tratamiento legislativo que reciben es tímido e insuficiente. Ello sin perjuicio de reconocer el valioso aporte de la ley 27.264 (julio de 2016) que establece acciones concretas en beneficio de las PyMEs, como es un tratamiento impositivo diferenciado y más benéfico (arts. 4 a 11 y ss. y concordantes, Ley 27.264).

Y otro tanto cabe decirse sobre el Código Civil y Comercial que, en forma indirecta pero efectiva, protege a las PyMEs por medio de los arts. 984 a 989 que otorgan tutelas contractuales a sujetos que sin ser consumidores requieren intervención oficial para no padecer abusos. Sin que sea dicho en forma expresa, es indudable que estas normas tienen por causa o por efecto beneficiar a las empresas pequeñas y medianas que deben firmar contratos predispuestos con proveedores que ejercen su poder negocial predominante.

Pese a todo lo dicho, todavía es largo el camino a recorrer y muy poco lo que se ha recorrido en materia de protección a las PyMEs. En ese sentido, no podemos soslayar que muchas veces advertimos que la escuela nacional, en general, tiende a examinar los fenómenos jurídicos en forma disociada, como si estuviera embelesada por descubrir particularidades intrínsecas en normas cuya única finalidad es resolver jurídicamente problemas concretos y reales.

De qué sirve, nos preguntamos retóricamente, analizar el abuso de posición dominante si no le dedicamos más atención a las PyMEs que, en definitiva, son los sujetos abusados por los liderazgos favorecidos por los excesos de la libertad contractual. Sería más conveniente, pensamos, estudiar profundamente los avatares de una PyME sin perder tanto tiempo buscando definiciones esenciales de los institutos jurídicos que, por cierto, son bastante sencillos de comprender.

IV. Abuso de posición dominante y competencia empresaria.

La ley 25.156, de Defensa de la competencia, está vigente desde septiembre del año 1999. El art. 1 de la citada ley dispone: Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, 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.

La norma describe conductas empresarias que resultan distorsivas de la lealtad comercial y se aproximan, sin ser lo mismo, al abuso de posición dominante. El texto refiere a comportamientos que impliquen condicionar -de cualquier manera- la libre circulación de los bienes y servicios en el mercado.

La segunda acción punible está ligada a la libre competencia que debe existir entre los proveedores del mercado. Así, se prohíben las conductas que -de cualquier manera- impidan o perjudiquen el acceso de otros competidores. La norma, en ambos casos, se refiere al accionar de los proveedores de bienes y servicios.

La Corte Suprema de la Nación ya se había referido a este tipo de conductas distorsivas en los autos "YPF s/ley 22.262"(14). En esa causa, la Corte señaló dos conductas que describen las formas del mismo abuso de posición. Una consiste en evitar que otros competidores ingresen al mercado para impedir la competencia entre ellos. La otra se manifiesta en ofrecer menos bienes y servicios que los requeridos por la demanda, para que la escasez forzada produzca un aumento inducido del precio de los productos(15).

No parece dudoso, entonces, determinar qué tipo de conductas distorsivas del mercado pueden ser encuadradas bajo la forma genérica del abuso de posición dominante.

No obstante, pensamos que la ley de defensa de la competencia y el Título Preliminar del Código Civil y Comercial no se refieren a situaciones idénticas, sino que se trata de normas complementarias.

El abuso de posición dominante del art. 11 del CCyC no está subordinado al abuso descripto en la ley de defensa de la competencia. No existe identidad entre la figura dispuesta en el Código Civil y Comercial y las normas contempladas en la ley 25.156.

En ese orden de ideas, pensamos que el Código establece un principio general y complementario de lo establecido por la ley especial 25.156. Como señala Mario Masciotra: La inclusión del abuso de posición dominante en el mercado ha tenido por finalidad conferir coherencia al sistema jurídico y complementar "las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales", con el principio de buena fe consagrado en el art. 9° y el poder-deber de los jueces de evitar el abuso del derecho impuesto en el art. 10(16).

En sentido opuesto y con buenos argumentos, Prieto Molinero concluye que: Resumiendo: legislativamente hablando, entendemos que el art. 11 no tiene verdadera razón de ser, ya que o bien confunde e introduce inseguridad jurídica al sistema (primera interpretación), o bien es redundante (segunda interpretación). De esta manera, entendemos que su inclusión responde a cierto 'pensamiento mágico' donde a los problemas complejos se les pretende dar respuesta a fuerza de puro voluntarismo a través de una cláusula general que, en los hechos, implica postergar la verdadera solución de las cosas(17).

Disentimos con el autor acerca de la futilidad de la norma. Nosotros pensamos que puede ser útil para resolver cuestiones que exceden los objetivos y finalidades propias de las leyes 24.240 y 25.156. Coincidimos, sin embargo, en que nuestro país tiene una inocultable tendencia a postergar, mediante ilusiones prestadas por la buena voluntad, los problemas reales de las cosas.

V. Competencia e imposibilidad de competir: las Pymes en peligro.

(a) Presentación.

En muchos sentidos, la libre competencia empresaria es un enunciado optimista del capitalismo virtuoso. Sin embargo, esa fórmula esconde una realidad más cruda: es prácticamente imposible generar las condiciones apropiadas para desarrollar la competencia ideal entre empresas. En general, esa competencia termina siendo una disputa de liderazgo que pronto se convierte en abuso de posición dominante.

Para evitar esas situaciones nocivas es necesaria la intervención del Estado en las relaciones interempresariales porque.. Además, si se las deja en total libertad, las empresas tienden a no competir y hacen acuerdos entre ellas para hacer un frente común que, de nuevo, termina afectando el libre juego de la oferta y la demanda(18). Sin embargo, la libertad contractual nunca tuvo en miras ni la mejoría individual de los sujetos supuestamente bendecidos por esa libertad, ni el equilibrio utópico de la oferta con la demanda. La libertad contractual, como ya hemos dicho en otros trabajos, fue desde siempre una herramienta capitalista para asegurar la concentración y la acumulación de riqueza.

Con una mirada crítica del sistema capitalista, Mückenberger y Hart señalan que las leyes de competencia empresaria no piensan en el consumidor, como sujeto vulnerable de la sociedad de consumo, sino que su objetivo es asegurar la rentabilidad de los grupos económicos dominantes: La ley contra la competencia desleal -una primera desviación del Derecho competitivo típico del Derecho privado general- no se opuso a tal tendencia, ya que, en realidad, no aspiraba a conseguir una garantía de la competencia en favor de los consumidores, sino a lograr una igualdad de posibilidades para los capitalistas y su lucha competitiva(19). Para los juristas citados, las leyes de defensa de la competencia lograron pocos resultados y lejos de disciplinar al mercado ayudaron a consolidar el sometimiento de la parte más débil del circuito comercial(20).

Es interesante el planteo que proponen Mückenberger y Hart porque pone de manifiesto la existencia de otro sujeto vulnerable que no es el consumidor sino las pequeñas empresas. Estas estructuras jurídicas, que alguna vez fueron motor de una economía pujante, cada vez tienen menos chances de sobrevivir a las exigencias económicas y financieras actuales; ellas también son víctimas de un mercado que solo es libre para quienes pueden aprovechar esa libertad. Aciertan los citados autores cuando señalan que, La vigorosa guerra de exterminio de los consorcios... se ha trasladado al mercado internacional; pero también aquí viene ya sustituida gradualmente por el reparto del mercado, por la absorción de empresas y por la formación de cartells.

En los mercados nacionales, los grandes capitales han cambiado la estrategia, pasando de la arriesgada caza del beneficio a corto plazo, a la persecución de una ganancia a largo plazo, dejando los grandes negocios al capital centralizado y -cuando no se encuentran desprovistos de riesgo- a las crisis inmanentes del capitalismo(21).

Alan Schwartz (Universidad de Yale)(22) propone otro enfoque completamente distinto al de Mückenberger y Hart. Este autor norteamericano entiende que la menor intervención oficial y la mayor libertad para competir es lo único que asegura transparencia en los mercados. Nos parece correcto adelantar que, en líneas generales, no compartimos el criterio de Schwartz quien sostiene que toda intervención del Estado en el ámbito de la contratación privada es negativa para el mercado.

Estas normas jurídicas, dice el jurista, no cumplen la verdadera finalidad social que anuncian; por el contrario, son desmotivadoras porque le quitan incentivos al sector privado, además de aumentar los costos transaccionales. El Estado, según el jurista, debe apartarse del mercado permitiendo que sean los privados los encargados de regular las relaciones empresarias(23).

Es preciso aclarar que Schwartz no incluye en sus análisis a los contratos de consumo y sólo se refiere a las relaciones corporativas(24).

VI. Consumidores v. Pymes: el enfrentamiento de los débiles.

Las reflexiones de Schwartz nos permiten visualizar algunas contradicciones sistémicas. Por un lado, el ordenamiento beneficia a un grupo de sujetos vulnerables (los usuarios y consumidores) a quienes les asegura los amparos y las garantías emergentes de las leyes; pero esas mismas leyes perjudican a otro universo de sujetos igualmente vulnerables (las PyMEs) que son forzadas a una competencia pantomímica. La conclusión es inevitable: los grandes grupos económicos se benefician porque la mayor exigencia legal excluye del mercado a sus competidores que no pueden alcanzar esos objetivos reglamentarios.

No propiciamos cambios sobre la base protectoria que las actuales leyes brindan a los consumidores. Por el contrario, siempre celebramos las iniciativas tutelares, pero también alentamos el dictado de leyes que beneficien a las empresas más pequeñas.

B). Aspectos relevantes del artículo 11 del Código Civil y Comercial.

I. Presentación.

A pesar de las críticas que formulamos en los párrafos previos, creemos que la inclusión de la figura del abuso de posición dominante en Título Preliminar del Código es acertada. Una buena parte del bienestar de las personas depende de que las empresas provean los bienes y servicios que se consumen.

La ley de defensa de la competencia (ley 25.156) está integrada a la normativa que protege los derechos del consumidor; la inclusión del abuso de posición dominante en Título Preliminar del Código refuerza la idea de complementariedad entre leyes generales y especiales. De esa forma se va integrando el sistema en pos de lograr una tutela más efectiva. Lorenzetti explica esta comunión normativa señalando que: Si bien la protección del consumidor en nuestro país tiene su eje en la Constitución Nacional y en la Ley de Defensa del Consumidor, ello no significa que la cuestión se agote allí, ya que con la finalidad del sistema de otorgar una protección mayor a la parte débil, la normativa del consumidor está integrada también por todas aquellas normas que resulten aplicables a la relación jurídica de consumo... Asimismo, a los efectos de la integración de normas, deberán observarse en particular las leyes de Defensa de la Competencia y de la Lealtad Comercial, lo cual se debe a la afinidad que estas normas tienen con la temática del consumidor(25).

II. La integración normativa y el orden público económico.

Alguna doctrina sostiene que la inclusión del abuso de posición dominante en el Código Unificado es congruente con la Constitución Nacional. Esta inserción determina la existencia de un orden público económico referido a las relaciones entre las empresas y los usuarios y consumidores. Para Molina Sandoval, En primer lugar, debe destacarse que la CN ha incorporado un bloque de derechos que usualmente se han llamado de `tercera generación'... Esta inclusión expresa obedece a una necesidad impostergable de darles un plus de protección y ampliar el espectro de derechos tutelados por la CN... La norma constitucional formula un estándar de conducta: la no distorsión de los mercados... Cualquier conducta empleada para romper (directa o indirectamente) dicho punto equidistante, es un atentado contra ese valor constitucional de la competencia(26).

La integración de normas complementarias como la ley de defensa de la competencia (25.156), la ley de defensa de los consumidores (24.240) y el Código Civil y Comercial, conforma un bloque protectorio constitutivo del orden público económico.

III) Posición crítica de la figura.

Una de las críticas más lúcidas que recibió la norma es que el legislador, al usar el enunciado, ". se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado." alude indefectiblemente a situaciones muy complejas y demasiado específicas que, ciertamente, exceden el ámbito de un estatuto tan general

como lo es un Código de Derecho Civil y Comercial. En efecto, el dominio del mercado, implicado en el abuso regulado en el art. 11 refiere a, por lo menos dos situaciones distintas:

a) la situación en la cual una empresa es capaz de imponer en sus relaciones comerciales con otros competidores del mercado un desequilibrio manifiesto entre los derechos arrojados y las obligaciones exigidas(27).

b) En segundo lugar, el dominio del mercado puede relacionarse con el modo en que una empresa controla la oferta y la demanda de bienes(28).

El abuso de posición en el mercado está referido a esta clase de situaciones y pretender abarcarlas en un Código general, además de ser un proyecto demasiado ambicioso, puede ser contrario a la buena práctica legislativa. Tan inevitable es el choque con otras normas que el propio art. 11 concluye con una oración que parece darles la razón a las posiciones más críticas de la norma: ".sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales". Es decir, el Código general regula la cuestión, pero, al mismo tiempo, remite a la legislación especial, lo que permite preguntarse si era realmente necesario y útil incluir su tratamiento en el título preliminar de la ley más general del ordenamiento jurídico. Es evidente que hay en dicho ordenamiento normativo otras regulaciones más específicas sobre estas materias.

Con buenos argumentos, Prieto Molinero señala que: Al dejar todo librado a una cláusula basada en la idea de 'dependencia económica', lo que se ha hecho es regular sin distinciones todos los posibles abusos que pueden existir en las relaciones 'horizontales' entre contratantes ya sean éstos empresas suministradoras como consumidores finales. Algo que no solo lleva a una superposición con regulaciones más pormenorizadas, como la de defensa del consumidor.(29). El autor, con interesantes reflexiones, advierte que los pormenores que rodean la cuestión de la posición dominante son tan complejos y específicos que no es posible regularlos en una ley tan general como el CCyC(30).

Sin perjuicio de considerar la posición de Prieto Molinero, sostenemos nuestro apoyo doctrinario al art. 11 del CCyC. Pensamos que esta norma, aun desbordando un poco su propia incumbencia, tiene un logro inocultable: se incluye, como principio general del derecho, la protección del mercado.

A pesar de las inteligentes disidencias que examinamos, los eventos que ocurren en el mercado son determinantes para la buena marcha de la sociedad de consumo que, para bien o para mal, todos habitamos. El mercado, entonces, deja de ser una entelequia y pasa a ser una de las cuestiones menos específicas y más generales de una comunidad. Por otra parte, es insoslayable que las relaciones equilibradas entre las empresas repercuten, finalmente, sobre los consumidores. Es que, al final del día, todo lo que producen las empresas termina en la góndola de un supermercado esperando que un cliente lo adquiera para sí o su grupo familiar, razón suficiente para que sea apropiado su tratamiento complementario en Código Civil y Comercial. Cuando una empresa domina el mercado abusivamente termina perjudicando a sus competidores y también a los consumidores que se ven privados de elegir los bienes y servicios que desean en un mercado sin distorsiones(31).

Afortunadamente el Código Civil y Comercial con sus luces y sus sombras persigue -a veces con optimismo excesivo e inverosímil- el 'espíritu de los tiempos' que nos ha tocado en suerte. Ojalá quedemos, finalmente, a salvo de leyes sin tiempo porque el anacronismo legislativo es uno de los males que gravan a las sociedades más subdesarrolladas.

IV. La intervención estatal y el abuso de posición dominante.

La prohibición de abuso de posición revela otra injerencia del Estado en la contratación privada. Se trata de un instituto que restringe la autonomía de la voluntad y el principio de libertad contractual postulado en los arts. 957 y siguientes del Código Civil y Comercial. La libertad contractual, tal como ese principio fue conocido en sus orígenes, en la actualidad es una regla de

aplicación residual.

C). Caso Hoffmann - La Roche v. Commission of European Communities, 1976: la posición dominante en el derecho extranjero (32).

I. Presentación.

La compañía Hoffman - La Roche es conocida en el mercado por el nombre de su famosa marca: Roche. Esta empresa, es uno de los jugadores más destacados del mundo en la industria farmacológica. Es virtualmente imposible hablar de productos medicinales sin mencionar a la marca Roche.

Para conocer los orígenes de esta corporación hay que remontarse al año 1896 cuando los esposos Fritz Hoffman y Adele La Roche fundan la empresa y abren su primera sucursal en Alemania (1898) (33). Desde entonces su crecimiento fue incesante.

Su participación en el mercado de los remedios y los productos fármacos es tan destacada que a lo largo de los años ha debido soportar muchas acusaciones de prácticas monopólicas. El caso que vamos a examinar es un pleito muy famoso sobre abuso de posición dominante promovido por la Comisión de países europeos (34).

El caso "Hoffmann-La Roche v. Commission of European Communities 85/76" es estudiado en todas las escuelas de derecho del mundo. Veamos los aspectos relevantes de este fallo.

II. La definición de posición dominante.

El abuso de posición dominante describe la posición de fortaleza económica de una corporación, y cómo valiéndose de ella opera en el mercado evitando una competencia relevante con otras empresas. Esa forma de abuso ocurre cuando una corporación conserva para sí la capacidad de dominar total o parcialmente el mercado, con independencia de lo que hagan o puedan hacer sus competidores aparentes.

La primera nota saliente del abuso de posición es, entonces, que los competidores que aparecen en el mercado no son reales sino aparentes (35).

III. Posición dominante y competidores aparentes.

La situación de dominio no cambia, aunque existan en el mercado algunos competidores. Por más que esos rivales (aparentes) tengan alguna participación marginal en el mercado, el dominante establece las condiciones de competencia, asegurándose que nunca puedan afectar realmente sus intereses (36).

Se trata de rivales sin verdadera capacidad de ofrecer una rivalidad seria. El abuso de posición dominante inhibe la competencia real, porque - precisamente - solo admite contrincantes sin posibilidades ciertas de alterar los privilegios de la dominante (37).

IV. Los indicios del abuso de posición.

Cuando una corporación controla una parte significativa del mercado se presume que puede existir abuso de posición. La otra evidencia está dada por la relación entre la empresa dominante y sus competidores, principalmente con la compañía que lo escolta en importancia. Las grandes diferencias tecnológicas, en volumen de ventas, y en cantidad de sucursales, demuestran una falta de competencia real entre el dominante y sus aparentes rivales (38).

Se vuelve sobre el mismo punto: el abuso de posición no cede por la mera existencia de otros competidores en el mercado sino por la posibilidad real que ellos tienen de revertir las condiciones privilegiadas del competidor dominante (39).

V. Los hechos relevantes del abuso.

El abuso de posición dominante es una situación contextual que puede apreciarse de manera objetiva examinando el comportamiento de una empresa líder. Uno de los datos relevantes es la capacidad que la empresa tiene de modificar, por sí sola, la estructura del mercado. Cuando su injerencia le permite debilitar la competencia real existe abuso de posición dominante(40).

VI. Los beneficios aparentes para otros competidores.

También comete abuso de posición dominante la empresa que obliga a los distribuidores a vender solamente sus productos. El abuso existe por más que esos vendedores hayan aceptado libremente la cláusula de exclusividad impuesta por la empresa dominante. Lo cierto es que esos agentes comerciales no tienen chances verdaderas de rechazar esa condición.

Es irrelevante que los distribuidores hayan obtenido algunos descuentos o reembolsos contras los pedidos de compras realizadas. Lo determinante es examinar si la empresa tiene capacidad para imponer condiciones en forma irreversible para los distribuidores(41).

VII. Fidelización de la clientela y distorsión de la competencia.

Estas obligaciones impuestas por la compañía líder a los distribuidores no pueden ser consideradas como técnicas comerciales lícitas para fidelizar clientela. Por el contrario, constituyen una severa distorsión de las leyes del mercado: las su-puestas ventajas que la empresa líder concede a los distribuidores tienen una sola finalidad: restringir el ingreso de otros proveedores en el mercado(42).

D). La jurisprudencia.

Para cerrar este breve ensayo, vamos a examinar algunos fallos nacionales dados en los últimos años. La revista que ofrecemos, a pesar de ser incompleta, nos permite ver que el gran dilema de los tribunales pasa por determinar cuándo un liderazgo, que de por sí no implica una ilicitud, se ejerce de tal manera que distorsiona los equilibrios del mercado. Solo en este último caso se estará en presencia de abuso de la posición dominante.

1. Liderazgo sin abuso de posición.

Estímese necesario, pues, dejar establecido que detentar una posición dominante en una relación contractual no es sinónimo de obrar abusivo: . El obrar abusivo requiere una actuación deliberada a través de cláusulas sorpresivas destinadas a perjudicar al contrario, establecer relaciones desiguales o inequitativas, inducir a error a la contraparte con la intención de obtener un beneficio desmedido a expensas o en perjuicio de ella. En la hipótesis de que ninguna de estas pautas se verifique, por más que exista posición dominante, difícilmente podrá aludirse a abuso de dependencia económica. (Grinfa S.A. vs. Ford Argentina S.C.A. s. Ordinario, CNCom. Sala A; 16/10/2014; Rubinzal Online; RC J 1458/15).

2. Liderazgo sin abuso de posición.

No se configura un abuso del derecho (art. 1071, Código Civil), ante la conducta de la distribuidora automotriz que exigió a la sociedad dedicada a prestar servicios de taller oficial y especializado, la suscripción de un contrato en el cual le exigió una fianza, pues ello ocurrió en el marco de una crisis económica nacional y resulta lógico pretender reducir los riesgos de una posible insolvencia del co-contratante al exigir a los talleres oficiales la garantía de sus obligaciones, máxime si las cláusulas de la fianza son las habituales para este tipo de contrato. (Autimex S.A. vs. Volvo Trucks & Buses Argentina S.A. y otros s. Ordinario /// CNCom. Sala B; 09/05/2016; Rubinzal Online; 39112/2010; RC J 6036/17).

3. Abuso de posición dominante.

. la accionada detentaba posición dominante en el mercado, y que su obrar antijurídico no resultó indiferente para el vínculo contractual y su desarrollo; antes bien, lo afectó considerablemente, en tanto, por tal posición era formadora de precios, y abusando de su privilegiada condición los fijó, para el mercado interno, en valores notablemente superiores a los de la

plaza internacional, y lo hizo de modo sistemático y creciente, durante todo el período investigado -1993/997; .. (Auto o Gas S.A. vs. YPF S.A. y otro s. Ordinario /// CNCom. Sala E; 30/09/2013; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 7396/14).

4. Abuso de posición dominante.

Es que la decisión de "YPF" de cesar en el suministro de GLP, comunicado por carta, ha sido intempestiva y arbitraria, lo que cabe derivar del examen de diversas circunstancias que, en tanto concatenadas, deben evaluarse conjuntamente y no como hechos aislados. A ello debe aditarse haberse tratado "YPF" de la principal productora de Gas licuado, casi única en cuanto a su desenvolvimiento en todo el Territorio Nacional, según lo ha conceptualizado la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) en su dictamen, lo que evidenciaría una imposibilidad casi absoluta del actor de suplir su aprovisionamiento . (Auto o Gas S.A. vs. YPF S.A. y otro s/ Ordinario, CNCom. Sala E; 30/09/2013; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 7396/14).

5. Abuso de posición dominante.

Considerable similitud con la figura que se viene analizando reviste la doctrina norteamericana de la "unconscionability": ella se configura cuando una de las partes está en condiciones de imponer condiciones inequitativas, obrando en exceso, desmesura o sin escrúpulos, usando su fuerte poder de negociación o tácticas antiéticas para aprovecharse de la debilidad, ignorancia o necesidad de la otra. .. (Grinfa S.A. vs. Ford Argentina S.C.A. s. Ordinario, CNCom. Sala A; 16/10/2014; Rubinza Online; RC J 1458/15).

6. Abuso de posición dominante.

En general, se acepta que la "unconscionability" se configura en presencia de dos (2) elementos: a) Abuso de la posición dominante: la sola existencia de un desigual poder de negociación es insuficiente para configurar este extremo; se requiere un abuso del mayor poder de negociación, que puede consistir en el empleo de presiones injustas o la existencia de un poder de negociación lo suficientemente importante como para que la parte débil no tenga otra alternativa que aceptar las condiciones ofrecidas por la parte dominante o un cierto grado de compulsión u explotación de la enfermedad, ignorancia o dificultades de comprensión; b) Términos del contrato injustos o inequitativos o manifiestamente favorables para la parte dominante. (Grinfa S.A. vs. Ford Argentina S.C.A. s. Ordinario, CNCom. Sala A; 16/10/2014; Rubinza Online; RC J 1458/15).

7. Abuso de posición dominante: reglas generales.

Los objetivos de la regulación del mercado a través del contrato, son dos: justicia y eficiencia. El impedir que una empresa obtenga beneficios a partir de su posición dominante en el mercado importa, además de cumplir con un objetivo de justicia, volver al mercado más eficiente, habida cuenta que la diferenciación debe centrarse en la innovación tecnológica, en la reducción de sus costos de producción, en la racionalización de sus procesos productivos o distributivos, etcétera(43).

8. Liderazgo sin abuso de posición.

La sola existencia de un desigual poder de negociación (unfair bargaining) es insuficiente para configurar la existencia de posición dominante, pues se requiere un abuso del mayor poder de negociación, que puede consistir en el empleo de presiones injustas o la existencia de un poder de negociación lo suficientemente importante como para que la parte débil, coaccionada, no tenga otra alternativa que aceptar las condiciones ofrecidas por la parte dominante o un cierto grado de compulsión o explotación de la enfermedad, ignorancia o dificultades de comprensión.(44).

9. Liderazgo sin abuso de posición.

Detentar una posición dominante en una relación contractual no implica siempre un obrar abusivo, porque para que este extremo se configure se requiere una actuación deliberada a través de cláusulas destinadas a perjudicar al contrario, establecer relaciones desiguales o inequitativas o inducir a error a la contraparte con la intención de obtener un beneficio desmedido a expensas o en perjuicio de la otra(45).

10. Abuso de posición dominante.

En efecto, como lo señaló el juez Vassallo en su voto en la causa "Hasbro" citada más arriba (voto al que adherí sin reservas), la situación de desequilibrio en la negociación, derivada del "poder de compra" sin igual que ostentan los supermercados o hipermercados, ha suscitado tensiones entre éstos y sus proveedores. Ello se ha reflejado en un alto índice de litigiosidad, lo que, por natural consecuencia, suscitó la intervención de este fuero mercantil en numerosos juicios. En ese marco, el impacto de ese desnivel negocial en las relaciones que ligan a los supermercados o hipermercados con sus proveedores ha sido expresamente reconocido por la jurisprudencia del fuero, a través de la figura del abuso de posición dominante (conf. CNCom Sala B, 19/7/2002, "Establecimiento Frutícola Sede S.R.L. c/Coto C.I.C.S.A. s/ordinario"; véase también, voto del juez Monti in re "Sabino", Sala C, sentencia del 6/5/03, ya citada) (46).

11. Liderazgo sin abuso de posición.

Detentar una posición dominante en una relación contractual no es sinónimo de obrar abusivo. El obrar abusivo requiere una actuación deliberada a través de cláusulas sorprendidas destinadas a perjudicar al contrario, establecer relaciones desiguales o inequitativas, inducir a error a la contraparte con la intención de obtener un beneficio desmedido a expensas o en perjuicio de ella. En la hipótesis de que ninguna de estas pautas se verifique, por más que exista posición dominante, difícilmente podrá aludirse a abuso de dependencia económica (47).

Notas al pie:

*) Fernando E. Shina, Doctor en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina.

1) Doctor en Ciencias Jurídica, Pontificia Universidad Católica Argentina.

2) Zannoni - Mariani de Vidal - Zunino - Shina- Ramos, Código Civil y Comercial..., p. 29.

3) Lorenzetti, Ricardo L., Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., La Ley, 23/04/2012, Citar online: AR/DOC/1931/2012.

4) Bueres, Alberto J. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T 1 A, ., p. 139.

5) Rivera - Medina Graciela, Derecho civil y comercial, Parte General ., p.204.

6) (Cuándo de la 'posición dominante' se pasa a su abuso? Ese es el verdadero quid de la cuestión y, como se verá, dista de haber una forma certera de determinarla: lo que, a su vez, ha llevado en tiempos recientes a que la propia concepción del 'abuso de posición dominante' haya sido puesta en tela de juicio (Bueres, Alberto J. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, t. 1 A, p. 140.

7) Bueres, Alberto J. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T. 1 A, ., p. 139.

8) Bueres, Alberto J. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, t. 1 A, ., p. 121.

9) Bueres, Alberto J. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, t. 1 A., p. 154.

10) En efecto; según la ley 25.156, están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con sus normas, 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. El régimen legal deja comprendido dentro de la conducta genérica, y siempre y cuando importe ello también limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o el acceso al mercado, o constituir un abuso de posición dominante de un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general, toda obtención de ventajas competitivas significativas, mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme de otras normas. El art. 2 de la ley 25.156 mantiene el criterio de la ley anterior 22.262, ya que sólo enumera conductas, dado que el artículo primero es el paraguas que permite una amplia interpretación en cada caso, teniendo en cuenta el objeto y efecto de

cualquier comportamiento para determinar su encuadramiento legal (Vítolo, Daniel R., Principios Generales del Título Preliminar del nuevo Código, Bs. As., LA LEY, 03/05/2016, 1 - LA LEY, 2016-C-700, Cita Online: AR/DOC/980/2016).

11) Fuente consultada, <https://www.produccion.gob.ar/pymes>, Captura, 25/02/2018.

12) Alegria, Héctor, Régimen legal de protección del consumidor y Derecho Comercial, Bs. As., La Ley, 26/04/2010, Citar online: AR/DOC/512/2010.

13) Estos autores consideran que las partes víctimas de la posición dominante pueden ser tanto consumidores como empresas en situación de desventaja; en cuyo caso, ya existen herramientas para prevenir tales abusos: la Ley de Defensa del Consumidor cuando se trata de consumidores y el vicio de lesión y la Ley de Defensa de la Competencia respecto de otros empresarios. Al querer conjurar un peligro que ya se encuentra mejor regulado por normas específicas mediante una cláusula general, estos autores concluyen que el art. 11 del CCCN no sólo es innecesario, sino que introduce inseguridad jurídica al sistema (Bueres, Alberto J. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, t. 1 A., p. 154).

14) Que, en tales condiciones, corresponde determinar si la conducta que se le reprochaba a la empresa puede encuadrar en el concepto de "abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general" (conf. art. 1 parte última ley 22.262). La disposición transcripta comprende tanto aquellas prácticas llevadas a cabo por quien ocupe una posición de dominio en el mercado, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia -vgr., las que instauren barreras al ingreso de competidores-, cuanto aquellas otras que, del mismo modo que las anteriores, menoscaben la eficiencia económica del mercado por medio de acciones reñidas con el interés de la comunidad, como ocurre cuando se reduce injustificadamente la oferta de bienes con el deliberado propósito de mantener un determinado nivel de precios. En estos casos, la estrategia comercial, antes que prevalerse de una simple posición de dominio para obtener ganancias en el mercado, abusa de ella al manipular artificialmente la oferta, haciendo que el mercado sea menos eficiente en términos de cantidades y precios, con directa incidencia en el bienestar de los consumidores (Corte Suprema de Justicia de la Nación, YPF S.A. s/ley 22.262, 02/07/2002, Bs. As., La Ley, Publicado en: JA, 2002-III-389; cita online: 20022975).

15) En efecto, la Cámara destacó que YPF. S.A., al exportar grandes cantidades de GLP, redujo la oferta del producto en el mercado local y, como consecuencia de ello, mantuvo un alto nivel en el precio que abonaban los compradores en dicho mercado. Indicó que la empresa no había justificado que el menor precio que percibía de quienes adquirirían el producto para comercializarlo fuera del país, obedeciera a razones de costos u otros motivos atendibles; y que, de no haber mediado la conducta que se le reprocha, el precio del GLP habría sido menor que el cobrado en el mercado interno, con evidente beneficio para los consumidores locales. También censuró la práctica de YPF S.A. de introducir en los contratos de exportación una cláusula por la cual prohibía a los adquirentes la posterior introducción al país de dicho producto, toda vez que con ella eliminaba la competencia de quien lo pudiera ofrecer en el mercado interno (Corte Suprema de Justicia de la Nación, YPF S.A. s/ley 22.262, 02/07/2002, Bs. As., La Ley, Publicado en: JA, 2002-III-389; cita online: 20022975). Masciotra, Mario, Poder - deber de evitar el abuso del derecho en el Código Civil y Comercial, Bs. As., LA LEY 06/09/2017, 1, Cita Online: AR/DOC/2113/2017.

16) Masciotra, Mario, Poder - deber de evitar el abuso del derecho en el Código Civil y Comercial, Bs. As., LA LEY 06/09/2017, 1, Cita Online: AR/DOC/2113/2017.

17) Bueres, Alberto J. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, t. 1 A., p. 155 y 156.

18) Bueres, Alberto J. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, t. 1 A., p. 139.

19) Barcellona - Hart - Mückenberger, La formación., p. 67 y 68.

20) En las relaciones entre el gran capital y las pequeñas empresas el poder de hecho tiene prevalencia sobre las posiciones jurídicas. Incluso cuando formalmente el Derecho está de su parte, los suministradores o adquirentes económicamente dependientes no pueden iniciar un proceso jurídico formal porque se arriesgan a perder las relaciones mercantiles de las que depende su supervivencia: así, se pliegan y se someten a una especie de justicia privada.

(Barcellona - Hart - Mückenberger, La formación., p. 68 y 69).

21) Barcellona - Hart - Mückenberger, La formación., p. 67 y 68.

22) Para más información de este autor, consultar en <https://law.yale.edu/alan-schwartz>, Captura, 2/03/2018.

23) This Lecture argues that much of the contract law in the cases (the US, the UK and Canada) and in the codes (Europe and Latin America) is unnecessary. To say that a law is unnecessary is to say that it does not perform a useful social function. The argument below thus sets out the functions that contract laws today are thought to serve, and then shows that many of those functions either should not be performed at all or should be performed by institutions other than courts. Also, the unnecessary functions increase transaction costs because parties must contract away from or otherwise adjust to them (Schwartz, Alan, Is Contract Law Necessary?, San Domenico di Fiesole, Italy, European University Institute, 2010, http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5869&context=fs_s_papers, Captura, 17/11/2016).

24) Individual persons may make inefficient or unfair contracts with firms because (a) many transactions, especially major ones, are "one offs" for persons, so individuals may not know how to conduct them. Firms, in contrast, make the same transaction repeatedly. Hence, firms are relatively more sophisticated than persons, and could use this knowledge to exploit; (b) persons lack training in reading contracts, and so may mistake the legal relationships those contracts create; (c) persons may make cognitive errors. Policing consumer contracts for fairness thus can increase welfare. These justifications for procedural policing either do not apply or weigh less heavily as applied to firms. Firms make repeated transactions, both as buyers and as sellers, and so generally understand those transactions. Also, for similar reasons, firms generally are competent and cognitively capable. Employees are unlikely to rise to important decision making positions in firms if the employees do not know how to do what the firm does, nor are employees likely to rise if they are cognitively challenged. And a firm that comes to be run by incompetents is likely to be competed out of business by more capable firms (Schwartz, Alan, Is Contract Law Necessary?..., http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5869&context=fs_s_papers, Captura, 17/11/2016).

25) Lorenzetti, R., Consumidores., p. 171.

26) Molina Sandoval, C., Defensas., p. 14, 15 y 17.

27) Bueres, Alberto J. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, t. 1 A., p. 149.

28) El abuso puede consistir en la negativa a vender o en la negativa a comprar, en la imposición de condiciones injustificadamente gravosas o discriminatorias, en la interrupción arbitraria de las relaciones comerciales. (Bueres, Alberto J. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, t. 1 A., p. 149).

29) Bueres, Alberto J. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, t. 1 A., p. 149.

30) : Y es que más allá de las 'etiquetas' que se empleen, el abuso de posición dominante no implica una conducta particular, sino multiplicidad de ellas que, a su vez, deben ser sopesadas a la luz de divisas variables. Lo que se requiere no es entonces una norma específica, sino, más bien, todo un sistema destinado a conjurar la variedad de supuestos y matices que puedan llegarse a dar. (Bueres, Alberto J. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, t. 1 A., p. 150).

31) Aun en el marco de legislaciones que no definen normativamente el concepto, la posición dominante se relaciona con el poderío económico de que goza una empresa, que le permite impedir el mantenimiento de la efectiva competencia en el mercado pertinente, confiriéndole la posibilidad de actuar, en gran medida, independientemente de sus competidores, clientes y a la larga de los consumidores. (Bergel, Salvador Darío -Paolantonio, Martín Esteban, Abuso de posición dominante y abuso de derecho, Rubinzal- Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Cita: RC D 2710/2012, Tomo 1997 16).

32) Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. Dominant position. Case 85/76. European Court Reports 1979 -00461, European Court Reports 1979 -00461, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085>, Captura, 25/01/2017).

33) La mayoría de las referencias históricas de la firma Rocce fueron tomadas de http://www.roche.com.ar/home/sobre_roche/nuestra_historia.html, Captura

19/10/2016.

34) Autoridad de aplicación que ejerce autoridad jurisdiccional para velar el cumplimiento de los tratados internacionales.

35) Competencia sustancial importa competencia en el mercado de cierta entidad; básicamente se relaciona con la posibilidad efectiva de reacción por parte de los restantes competidores. Si las empresas que conforman la oferta en el mercado no tienen magnitud o envergadura suficiente para compensar variaciones en lo preciso, en la calidad o cantidad de un determinado competidor sea un supuesto de posición dominante de una de ellas por falta de competencia sustancial. La competencia sustancial importa una capacidad de reacción de los restantes competidores (Molina Sandoval, C., Defensas., p. 136).

36) Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. Dominant position. Case 85/76. European Court Reports 1979 -00461, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085>, Captura, 25/01/2017).

37) La competencia será efectiva sólo si los concurrentes pueden competir; si no pueden hacerlo, no será efectiva, sino que será una alternativa meramente potencial. Y, competir, importa ingresar al mercado, mantenerse y ofrecer los productos en condiciones razonables (Molina Sandoval, C., Defensas., p. 137).

38) (Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. Dominant position. Case 85/76. European Court Reports 1979 -00461, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085>, Captura, 25/01/2017).

39) La posición dominante es un estado que importa la posibilidad de comportarse de manera independiente a los restantes competidores. Es un estado y no un hecho, aunque usualmente dicho estado se acredita mediante hechos o conductas que permiten vislumbrar un grado de influencia superior al de la generalidad de participantes en el mercado. La exteriorización de la posición dominante (o de su abuso) se determinará mediante una serie de actos o conductas que afectan el correcto funcionamiento del mercado (Molina Sandoval, C., Defensa., p. 141).

40) Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. Dominant position. Case 85/76. European Court Reports 1979 -00461, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085>, Captura, 25/01/2017.

41) Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. Dominant position. Case 85/76. European Court Reports 1979 -00461, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085>, Captura, 25/01/2017.

42) (Hoffmann-La Roche & Co.

AG v Commission of the European Communities. Dominant position. Case 85/76. European Court Reports 1979 -00461, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085>, Captura, 25/01/2017).

43) Cám. Nac. Apelac. Com., 16/08/2013, "Rodríguez Máximo R., y otros c/Repsol YPF Gas S.A. s/or-dinario", Bs. As., Microjuris.com, <http://ar.microjuris.com/getContent?reference=MJ-JU-M-82212-AR&links=82212,%20AGOST>, Captura 19/10/2016.

44) Cám. Nac. Apelac. Com, Sala A, 28/06/2013, "D.G. Belgrano S.A. c/Procter & Gamble Argentina S.R.L. s/ord.", Bs. As., Microjuris.com, <http://ar.microjuris.com/getContent?reference=MJ-JU-M-80903-AR&links=80903,%20JUN>], Captura 19/10/2016.

45) Cám. Nac. Apelac. Com, Sala B, 14/06/2012, "Dihuel S.A. c/Johnson & Johnson de Argentina S.A.C.E.I. s/ord.", Bs. As., Microjuris.com, <http://ar.microjuris.com/getContent?reference=MJ-JU-M-74331-AR&links=74331,%20JUN>], Captura 19/10/2016.

46) Cám. Nac. Apelac. Com., Sala D, 16/08/2013, "Mar Tra S.A. c/Carrefour Argentina S.A. s/ordinario", Bs. As., Microjuris.com, <http://ar.microjuris.com/getContent?reference=MJ-JU-M-58667-AR&links=58667,%20JUL,%202010>], Captura 19/10/2016.

47) Cám. Nac. Apelac. Com., 16/08/2013, "Textil Latina S.R.L. c/Coto C.I.C.S.A. s/ordinario, Bs. As.; Sala A, 3/08/2010, Bs. As., Microjuris.com, <http://ar.microjuris.com/getContent?reference=MJ-JU-M-59109-AR&links=59109,%20AGOST>], Captura 19/10/2016.

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 12 DE MAYO DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.957, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.10, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.11, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.984 al 989, Ley 22.262, Ley 24.240, LEY 25156, LEY 27.264*

Ref. Jurisprudenciales: "Grinfa SA c/ Adient Automotive Argentina S SRL s/ ordinario", C mara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 16/04/2019

Acerca de las etiquetas de eficiencia energética: Sus características, su función ambiental y climática, y su comprensión por los consumidores

IGLESIAS DARRIBA, CLAUDIO

Publicación: www.saij.gov.ar, 8 DE JULIO DE 2020

TEMA

PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-ETIQUETAS ECOLOGICAS-ETIQUETAS DE EFICIENCIA ENERGETICA-DESARROLLO SUSTENTABLE-IMPACTO AMBIENTAL

TEXTO

1. Qué son las etiquetas de eficiencia energética y cuál es su función ambiental y climática.

Existe una profunda relación entre los consumidores y los "signos distintivos" utilizados para la adquisición de productos y servicios sostenibles, vale decir aquellos destinados a informar que los mencionados productos y servicios protegen (o no dañan) el ambiente. Dicha relación es una materia por demás conocida por el derecho, la sociología, el marketing, el branding, y una infinidad de otras disciplinas. En la actualidad, resulta innegable la incidencia de los mencionados signos en la vida diaria de los consumidores, se ha profundizado mucho más aún. Y resulta también innegable el rol central de las "etiquetas de eficiencia energética" (EEE) en el universo de los mencionados signos distintivos.

Las "EEE" son signos que permiten a los consumidores contar con elementos adicionales que los ayuden, a la hora de decidir la compra de un nuevo producto, a optimizar su compra por comparación con otros, considerando la variable "eficiencia energética" de dicho producto. No son marcas comerciales en sentido estricto sino "certificaciones", y forman parte del mundo de las etiquetas ecológicas. Recordemos que una "etiqueta" es aquel signo de certificación colocado en el producto o servicio por un tercero ajeno al productor o fabricante. Su finalidad consiste en otorgar a aquél un carácter especial en el cual el consumidor confía. Dicho carácter especial consiste en la confianza que el consumidor tiene en quien coloca la etiqueta, vale decir, el certificador. En definitiva, podemos resumir el proceso de certificación como una transmisión de prestigio del sujeto certificador al sujeto certificado. Además, el etiquetado "obligatorio" de electrodomésticos es considerado desde hace décadas como una política de Estado idónea para impulsar una transición hacia la sostenibilidad en la medida en que los movimientos de los consumidores no lograrían por sí solos dicha transición (Chappells & Shove, 2005).

La "eficiencia energética", por su parte, puede definirse como la adecuación de los sistemas de producción, transporte, distribución, almacenamiento y consumo de energía, destinada a lograr el mayor desarrollo sostenible con los medios tecnológicos disponibles, minimizando el impacto sobre el ambiente, y optimizando la conservación de la energía y la reducción de costos. Debemos tener en cuenta que, en la actualidad, la eficiencia energética es un componente imprescindible para la preservación del medio ambiente y el clima(2).

Los productos sobre los que históricamente han recaído gran parte del etiquetado de eficiencia energética son los refrigeradores y congeladores. Los refrigeradores y congeladores domésticos han captado desde hace muchos años la atención de los programas de eficiencia y tal vez sean el artefacto de uso final que ha cosechado mayor experiencia con este tipo de medidas a nivel mundial encontrándose etiquetado, bajo normas de eficiencia mínima, o ambos, en EE.UU. (1976), Brasil (1984), China (1989), la UE (1992), México (1995). Por eso también se implementaron en esos países sistemas de etiquetado de eficiencia energética. En Argentina el primero se ha efectivizado con la Resolución 35/2005 de la Secretaría de Coordinación Técnica, del Ministerio de

Economía y Producción (Tanides, 2007).

Las EEE son muy comunes en nuestra vida diaria. Aparecen, así, en casi todos los productos eléctricos y electrónicos que usamos: heladeras, lavarropas, televisores, lámparas, computadoras, etc.

Actualmente, su uso se ha extendido, incluso, a casas particulares y edificios. Tienen formas relativamente similares entre sí, que siguen un diseño de colores que van del rojo al verde, pasando por el amarillo. En dicho diseño, el extremo verde es el más eficiente desde el punto de vista energético, mientras que el extremo el rojo el menos eficiente(3). Dicha eficiencia afecta inversamente el ambiente y el clima, siendo el extremo verde, el que menos los afecta, mientras que el extremo rojo es el que más los afecta.

Sin embargo, a pesar de la aparente simplicidad de sus características, estas etiquetas pueden resultar difíciles de comprender para los consumidores tal como ha ocurrido en la Unión Europea donde, para 2021, se han previsto importantes cambios en su diseño.

2. La interpretación de las etiquetas de eficiencia energética por los consumidores.

Las EEE argentinas toman como modelo las EEE europeas, actualmente sujetas a un proceso de recambio por resultar confusas -justamente- para los consumidores de aquel continente.

En 1995 la UE adoptó la EEE tradicional que iba de la letra "A" (para los aparatos más eficientes) a la "G" (para los menos eficientes). Con el tiempo, los nuevos productos fueron mejorando su clasificación, hasta llegar a la situación actual, en la que la mayoría están en las clases superiores, es decir "A+++", "A++" y "A+" ("La UE cambia el etiquetado de los electrodomésticos," 2020).

Sin embargo, para la UE, este resultado positivo hace ahora más difícil para los consumidores distinguir los productos más eficientes, creando confusión, y propone volver a la clasificación tradicional. Esto es porque las clases superiores a la A, actualmente, no garantizan que el producto adquirido sea de los más eficientes. Así, un producto que actualmente es Clase A+++ podría pasar a ser Clase B con el nuevo etiquetado (Alvarez, 2019).

Respecto de las EEE europeas, lo que ocurrió es que los productos etiquetados fueron mejorando y por eso, actualmente, la mayoría se encuentran sólo en las superiores, mientras que las clases inferiores (que siguieron existiendo) casi no tienen uso, por eso la UE decidió suprimir las clases "A+++", "A++" y "A+", y simplificar su apariencia. También se decidió agregar un código QR, que permite que sea escaneada fácilmente por los consumidores.

Se ha comprobado que, actualmente, el 85% de los consumidores europeos las reconocen y las utilizan en el momento de compra(4). Además, el público se orienta casi exclusivamente a las clases más altas (A+++, A++ y A+). No obstante, este resultado positivo hace ahora más difícil para los consumidores distinguir los productos más eficientes: al comprar un producto de clase A+ podrían pensar que compran uno de los más eficientes del mercado, cuando, en realidad, a veces están comprando un producto medio o incluso uno de los menos eficientes. Resulta interesante conocer los motivos por los cuales la UE ha dispuesto la modificación de la actual EEE para el año 2021. Para ello la Unión Europea llevó adelante una serie de procedimientos previos, entre los cuales aparecen sendos estudios de opinión de los consumidores respecto del diseño de sus EEE(5). Entre ellos, podemos resaltar el resultado del estudio preparatorio y la consulta pública abierta, se realizó un estudio específico entre los consumidores para informar a la Comisión sobre la comprensión y elección por los consumidores de diferentes símbolos y modelos de etiquetas energéticas revisadas para los lavavajillas domésticos y la posible incidencia en su elección. La encuesta se efectuó en siete países, que representan en total el 39,7 % de la población de la UE. En cada país respondieron a la encuesta más de 1.350 participantes, representativos de la población nacional conforme a cuotas de edad y género. La encuesta finalizó en julio de 2018.

Un pormenorizado estudio mostraba que el formato de presentación utilizado en las EEE europeas era insuficiente: dichas etiquetas no facilitan la integración de información relacionada con la energía.

Además, el formato actual podría atraer a los consumidores a centrarse más en la información de eficiencia energética, lo que los llevaría a ignorar la información sobre el consumo real de energía. Esto quedó demostrado porque, a pesar de los avances en eficiencia energética y una política de etiquetado obligatorio, el consumo final de energía per cápita en muchos países europeos siguió aumentando (Waechter, Sütterlin, & Siegrist, 2015).

Debe tenerse en cuenta que todo sistema de etiquetado obligatorio se implementa por múltiples razones. En la UE su finalidad fue guiar al consumidor, con el fin de que pudiera elegir un producto con alta eficiencia energética para reducir los costos y el impacto ambiental durante el uso. También tuvo el propósito de alentar a los productores a desarrollar productos aún más eficientes energéticamente para ser competitivos en el mercado.

Habitualmente, los consumidores recurren a ellas para adquirir productos en virtud de las diversas características que estos presentan. Dichas características pueden incluir o no el precio. En consecuencia, encontramos consumidores (que eligen productos etiquetados) que están directamente afectados por el precio, pero también encontramos aquellos que no lo están. Estos últimos podrían participar, en principio, de las características generales de los consumidores de productos certificados con etiquetas ecológicas en general. Dichos consumidores prefieren estos productos por su utilidad para mitigar el cambio climático o favorecer el ambiente, más allá de su mayor precio de mercado (D'Souza, Taghian, & Lamb, 2006).

En la Argentina, actualmente, algunas etiquetas han incorporado las categorías A+, A++ y A+++, pero han suprimido los escalones más bajos, con lo cual disminuye la posibilidad de que los consumidores se confundan (al menos por exceso de información) como ocurrió en la Unión Europea(6). También se combinan con otras variantes, según el tipo de electrodoméstico, pero todas mantienen el mismo diseño de colores: del verde al rojo, pasando por el amarillo.

3. Normativa.

Decreto 140/2007.

4. Bibliografía.

-Alvarez, J. E. (2019). La Comisión Europea adopta las nuevas etiquetas de eficiencia energética: claras, sencillas y con más opciones. Smart Lighting. Retrieved from <https://smart-lighting.es/la-comision-europea-adopta-las-nuevas-etiquetas-eficiencia-energetica/>.

-D'Souza, C., Taghian, M., & Lamb, P. (2006). Green products and corporate strategy: an empirical investigation. Society and Business.

-Tanides, C. G. (2007). Primera evaluación del impacto de la etiqueta de eficiencia energética en los refrigeradores y congeladores de la Argentina. Avances En Energías Renovables y Medio Ambiente, 11. Retrieved from <http://www.cricyt.edu.ar/asades/modulos/averma/trabajos/2007/2007-t007-a004.pdf>.

-Waechter, S., Sütterlin, B., & Siegrist, M. (2015). Desired and undesired effects of energy labels - An eye-tracking study. PLoS ONE, 10(7). <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0134132>.

Notas al pie:

1) Claudio Iglesias Darriba, Abogado (Universidad de Buenos Aires). Diploma Superior y Candidato a Magister en Derecho y Economía del Cambio Climático (FLACSO Argentina). Docente de Derecho Ambiental y de la Diplomatura en Litigio de Derechos Sociales y Ambientales de la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ). Doctor en Sociología (Universidad John F. Kennedy).

2) Decreto 140/2007.

3) Esto es una enorme simplificación, pero es útil para explicar de manera general las etiquetas de eficiencia energética que habitualmente tenemos a mano.

4) Esto surge de la exposición de motivos de la modificación de la Directiva Marco 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre Diseño Ecológico.

5) En 2014 se llevó a cabo un estudio de revisión con el fin de revisar los Reglamentos sobre diseño ecológico y etiquetado energético, que dio lugar a un informe final publicado en junio de 2017. El estudio siguió la metodología para el diseño ecológico de los productos relacionados con la energía e incluyó una encuesta entre las partes interesadas, dos reuniones con estas en 2015 y un seminario en línea en 2016.

6) Secretaría de Energía de la Nación:
<https://www.argentina.gob.ar/noticias/antes-de-comprar-un-electrodomestico-mira-la-etiqueta-de-eficiencia-energetica>.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 8 DE JULIO DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: DECRETO NACIONAL 140/2007

Tres instrumentos para proteger a los consumidores ambientales en la Argentina: Etiquetas de eficiencia energética, etiquetas de huella de carbono, y marcas colectivas

IGLESIAS DARRIBA, CLAUDIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 1 DE JULIO DE 2020

TEMA

PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-MARCAS SUSTENTABLES-MARCA COLECTIVA-ETIQUETAS ECOLOGICAS-ETIQUETAS DE EFICIENCIA ENERGETICA

TEXTO

Este breve artículo tiene por finalidad explicar de manera muy breve el funcionamiento de cuatro instrumentos jurídicos y económicos de uso frecuente por parte de los consumidores en la Argentina. Dichos instrumentos son las llamadas etiquetas o certificaciones ambientales. No obstante, para analizar dichos instrumentos debemos primeramente conocer qué son las llamadas "marcas verdes".

Las marcas verdes son aquellas marcas comerciales que apuntan a un público preocupado por la cuestión ambiental y/o climática. Importantes autores sostienen que la estrategia de posicionamientos de las marcas verdes se basa en la comunicación de los beneficios emocionales de los productos o servicios (Aaker & Joachimsthaler, 2012) y en la transmisión del concepto de "sostenibilidad". En este punto cabe destacar que, si bien las marcas verdes cumplen una función social y ambiental de primera línea, no dejan de ser un instrumento de naturaleza comercial, y su éxito depende de su aptitud para promocionar y vender los productos y servicios a los que se refieren. Por eso, el éxito de las marcas verdes depende siempre de su capacidad para vender sus productos, más allá de su interés en la cuestión ambiental. Finalmente, el concepto de marca verde no necesariamente implica que el signo distintivo de la marca sea de color verde, no obstante que este tipo de marcas se han volcado masivamente al uso de ese color. Estas marcas son colocadas en el producto por el propio productor o fabricante.

Sin embargo, más allá de las marcas, los productos suelen tener "certificaciones", que son el objeto de este breve trabajo. Las certificaciones son signos colocados por terceros ajenos al productor o prestador del servicio. Son de gran valor para los consumidores ya que acreditan (o certifican) el cumplimiento de determinados parámetros ecológicos o sociales, debido a la supuesta independencia o autonomía de ese tercero respecto del fabricante.

Aparecen así las "etiquetas ecológicas" que son un género que abarca varias especies de signos colocados por terceros. Su finalidad es acreditar la sostenibilidad de determinadas características del mencionado producto o servicio. Así, por ejemplo, la "etiqueta ecológica de la Unión Europea", que acredita el cumplimiento de rigurosos criterios ecológicos. Actualmente se aplica a más de 37.000 productos comercializados(2). Otro ejemplo es la etiqueta "Dolphin Safe" (delfines seguros o delfines a salvo), que deben colocarse en las latas de atún. Estas etiquetas acreditan el cumplimiento de una serie de requisitos que deben cumplirse para asegurar no matar delfines durante la pesca de atunes. Es impuesta por los EE.UU. debido a la presión generada por las asociaciones de consumidores ecologistas de aquel país. Aquí hemos puesto un ejemplo de un color "no verde" para para llamar la atención del lector.

Por su parte, las "etiquetas de huella de carbono" son aquellas que exhiben cómo el producto o servicio ha impactado o impactará en el ambiente y el cambio climático. El concepto de "huella de carbono", sin embargo, aún no ha sido claramente definido, de modo que los países precursores de este mecanismo

implementan diferentes iniciativas orientadas primeramente a definirla y, en segundo lugar, a armonizar criterios, conceptos y metodologías. La huella de carbono es la medida del impacto de todos los gases de efecto invernadero (GEI) producidos por determinadas acciones humanas sobre el ambiente. Se refiere a la cantidad de GEI producida día a día a partir de la quema de combustibles fósiles para la producción de energía, calefacción y transporte entre muchos otros procesos (Schneider & Samaniego, 2010). Puede referirse a las etapas pasadas de la producción o fabricación del producto o a las etapas futuras, referidas al del destino del envase.

Respecto de las etiquetas de huella de carbono, debemos tener en cuenta que existe una gran dispersión de signos ya que muchas empresas y organizaciones usan simbologías diferentes. Esto lo hacen para estimar sus emisiones con el fin de preparar futuros proyectos de inventario social y ambiental, el cual incluye -principalmente- la mitigación de la crisis climática. Sin embargo, estas estimaciones individuales resultan relativamente pequeñas en comparación con las huellas totales del ciclo de vida de los productos. (Matthews, Hendrickson, & Weber, 2008).

Las "etiquetas de eficiencia energética", por su parte, son signos que permiten a los consumidores contar con elementos adicionales que los ayuden, a la hora de decidir la compra de un nuevo producto, a optimizar su compra por comparación con otros, considerando la variable eficiencia energética del equipo. Son certificaciones al igual que las demás etiquetas mencionadas en este trabajo. La eficiencia energética puede definirse como la adecuación de los sistemas de producción, transporte, distribución, almacenamiento y consumo de energía, destinada a lograr el mayor desarrollo sostenible con los medios tecnológicos disponibles, minimizando el impacto sobre el ambiente, y optimizando la conservación de la energía y la reducción de costes. En la actualidad la eficiencia energética es un componente imprescindible de la preservación del medio ambiente y el clima.

Las etiquetas de eficiencia energética son muy comunes en nuestra vida diaria. Aparecen en casi todos los productos eléctricos y electrónicos que usamos: heladeras, lavarropas, televisores, lámparas, computadoras. Actualmente, su uso se ha extendido incluso a casas particulares y edificios. Tienen formas relativamente similares entre sí, que siguen un diseño de colores que van del rojo al verde, pasando por el amarillo. En dicho diseño el extremo verde es el más eficiente desde el punto de vista energético, mientras que el extremo el rojo el menos eficiente(3). Asimismo, dicha eficiencia afecta directamente el ambiente y el clima, siendo el extremo verde, el que menos los afecta, mientras que el extremo rojo es el que más los afecta.

Finalmente, las "marcas colectivas", reguladas por la Ley 26.355, no estuvieron originalmente previstas con una finalidad de certificación, sin embargo, a través de los años, han demostrado que comparten características comunes con las marcas (reguladas por la Ley 22.362) y también con las certificaciones. Por ello, las marcas colectivas pueden cumplir las funciones de estas últimas, al menos hasta que las certificaciones sean reguladas por una norma general en la Argentina.

Debemos tener presente que la Argentina es el único país del MERCOSUR, y uno de los pocos de la Región, que no cuenta con una definición de "marca de certificación". Incluso, la normativa del MERCOSUR sobre armonización de propiedad intelectual impulsa a los Estados miembros a legislar sobre ellas(4). Asimismo, los países de la Comunidad Andina (Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia) han legislado sobre marcas de certificación y comparten una normativa común respecto de ellas(5).

Sabemos que las marcas colectivas certifican sobre las características de los productos o servicios de los usuarios autorizados, pero, además acreditan que estos son agentes que desarrollan sus actividades en el marco de la economía social. La Ley 26.355 los menciona como "efectores sociales" y no son copropietarios de la marca colectiva. A su vez, quienes certifican con carácter de certificadores son los "titulares" de la marca, vale decir los propietarios, a quienes la ley llama "formas asociativas", "agrupamientos",

"entidades", o "asociaciones" de la economía social(6). No cabe duda de que las marcas colectivas, en un país como la Argentina, están llamadas a actuar como certificaciones ambientales, dado que nada se los prohíbe y debido a la enorme cantidad de estas marcas pertenecientes a entidades radicadas en el interior del país. Todo ello, reiteramos, a falta de una definición legal de marcas de certificación en el derecho argentino.

Para cerrar este trabajo debemos recordar que los consumidores interesados en la problemática ambiental y climática se encuentran protegidos en el derecho argentino por nuestra Constitución Nacional, la cual, de manera expresa establece la protección del ambiente (Art. 41 CN) (7) y de los consumidores (Art. 42 CN). A ello debemos agregar la instauración del amparo colectivo (previsto para el resguardo tanto del ambiente como de los consumidores) en su art. 43(8). En particular, el Art. 42 C.N. prevé expresamente la creación de asociaciones de consumidores, y delega en la legislación la obligación de establecer la participación de éstas en los organismos de control de los servicios públicos(9).

Resulta importante que nuestra Constitución prevea que los consumidores puedan actuar de manera individual o bien colectiva en defensa del ambiente. En este punto cabe recordar que las asociaciones de consumidores han mostrado una gran eficiencia en la prevención y reparación del daño ambiental colectivo durante el siglo XXI.

A ello debe sumarse la normativa de la Ley 24.240 y la extensa jurisprudencia y doctrina elaborada a partir de ella. En este punto debemos brevemente resaltar la responsabilidad que surge del Art. 40 de la referida norma, que establece la responsabilidad del productor, el fabricante, "y de quien haya puesto su marca" en la cosa o servicio. Esta norma es importante porque en el derecho argentino el concepto de marca abarca el de certificación, de modo que, a nuestro criterio, los certificadores de la carga también responden, así como sus aseguradoras, en lo relativo al transporte.

Finalmente, debemos recordar que en la Argentina, no pueden constituir marcas los términos "biológico, ecológico u orgánico", "eco" o "bio" cuando se aplican a productos de origen agropecuario, tales como alimentos, fibras, o papel, entre otros(10). Esta regulación especial se funda en la necesidad de evitar, básicamente, un engaño a los consumidores.

Normativa

- Constitución Nacional Arts. 41, 42 y 43
- Ley 26.365
- Ley 25.127
- Ley 24.240
- Ley 22.362

Notas al pie:

1) Claudio Iglesias Darriba, Abogado (-Diploma de Honor- Universidad de Buenos Aires) y Doctor en Sociología (Universidad John F. Kennedy). Diploma Superior y Candidato a Magister en Derecho y Economía del Cambio Climático (FLACSO Argentina). Posgrado en Propiedad Industrial (Universidad de Buenos Aires). Docente de Derecho Ambiental y de la Diplomatura en Litigio de Conflictos Sociales y Ambientales de la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ).

2) Etiqueta Ecológica de la Unión Europea:
https://europa.eu/youreurope/business/product-requirements/labels-markings/ecolabel/index_es.htm.

3) Esto es una enorme simplificación, pero es útil para explicar las etiquetas de eficiencia energética más comunes que habitualmente tenemos a mano.

4) MERCOSUR/CMC/DEC. N° 08/95. MARCAS. Artículo 5. Definición de marca.
3) Los Estados Partes protegerán las marcas de servicios y las marcas colectivas y podrán igualmente, prever protección para las marcas de certificación.

5) CAN - Resolución 486. Artículo 185. Se entenderá por marca de certificación un signo destinado a ser aplicado a productos o servicios cuya calidad u otras características han sido certificadas por el titular de la

marca.

6) Arts. 1º, 2º y 6º de la Ley 26.355.

7) Dice el Artículo 41 de la Constitución Nacional que "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado y 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".

8) En particular, el art. 42 - 3er. párrafo y el 43 -párrafos 1º y 2º- se refieren a procedimientos tendientes a implementar adecuadamente los reclamos que puedan ejercer los interesados en materia ambiental y consumerista, incluyendo aspectos organizativos.

9) Constitución Nacional argentina: Art. 42 Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, (...) y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá (...) los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios (...) en los organismos de control.

10) Decreto N° 97/01 - Art. 11 (reglamentario de la Ley N° 25.127, que regula la producción orgánica, biológica y ecológica) No podrán constituir marcas ni formar parte de ningún conjunto marcario los términos biológico, ecológico u orgánico o similares en idioma nacional o extranjero.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 1 DE JULIO DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.41, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Constitución de la Nación Argentina Art.43, Ley 22.362, Ley 24.240 Art.40, Ley 24.240, LEY 26.355

REF. BIBLIOGRAFICAS

-Bonini, S. M. J., Hintz, G., & Mendonca, L. T. (2008). Addressing consumer concerns about climate change businesses must act on global warming and other issues to narrow a general trust gap between them and the public. Retrieved from <http://mcensustainableenergy.pbworks.com/f/Consumer+Concerns+on+Climate+Change+-+McKinsey.pdf>.

-Schneider, H., & Samaniego, J. (2010). La huella del carbono en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Retrieved from https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3753/S2009834_es.pdf.

Las neurociencias obligan a repensar la antijuridicidad. El fraude de la información irrelevante

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 7 DE JULIO DE 2020

TEMA

NEUROCIENCIA-RELACION DE CONSUMO-DEBER DE INFORMACION-INFORMACION AL CONSUMIDOR-FRAUDE-ANTI JURIDICIDAD-DAÑO

TEXTO

A) Información y optimismo

I) Presentación.

Hablando de apariencias y paradojas, nos parece oportuno resaltar que existe una forma muy extendida de antijuridicidad que se concreta mediante una conducta que, en apariencia, es irreprochable. La paradoja consiste en violar la ley sin cometer acciones antijurídicas. Lo cierto es que no hay una paradoja que ponga en crisis a la filosofía, sino una disimulación de lo real; es decir, un fraude a la ley.

La idea que proponemos analizar se puede reducir a un enunciado que es bastante simple de comprender. Veamos: el empresario que sabe que la información que ofrece será neutralizada por la indiferencia de quien la recibe sabe, en definitiva, que no está informando nada. Esa información que en definitiva no informa nada es tan antijurídica como la omisión de informar.

Waldo Sobrino, mucho antes que nosotros y haciendo referencia a los contratos de seguro, advertía que, si la información no es reforzada por el consejo y aun por la advertencia del proveedor, corre peligro de no producir el efecto perseguido por la ley: . profundizando los deberes antes analizados es que, mediante la advertencia, el proveedor debe alertar al consumidor si el bien o servicio que está vendiendo le puede llegar a producir algún perjuicio al cliente(1).

II) La información neutralizada como fraude a la ley.

Esa conducta, que consiste en aparentar informar para lograr desinformar legalmente, podría ser considerada un verdadero fraude a la ley (conf., art. 12 del CCyC) porque implica que alguien simula estar cumpliendo la obligación de informar sabiendo que ese objetivo no será concretado. Esto significa que se utiliza una apariencia legal para NO cumplir la ley. Esta transgresión puede entenderse vinculada a la obtención de un resultado que infringe el sentido general del ordenamiento jurídico. La realización de acciones que aparecen conformes a la ley no basta por sí sola, pues es ineludible ajustar el comportamiento al Derecho en general y como un todo, dice con razón Highton de Nolasco(2).

En ese orden de ideas, compartimos la definición formulada por Rivera y Crovi, quienes señalan que: Denominamos actos en fraude a la ley a los negocios jurídicos aparentemente lícitos, por realizarse al amparo de una determinada ley vigente (ley de cobertura), pero que persiguen la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa (ley defraudada) (3).

En efecto, la figura del fraude es compleja en tanto requiere el despliegue de acciones de cobertura que brinden un marco de legalidad aparente que permitan, finalmente, violar una ley sin asumir sus consecuencias.

En el caso que examinamos, la apariencia consiste en ofrecer una información irrelevante sabiendo que ella jamás cumplirá su objetivo, sino que va a provocar una mayor desinformación. Se trata, como bien dice Delia Ferreira Rubio, de una violación legal cometida por vía oblicua: El fraude a la ley

implica la vulneración de una norma prohibitiva por vía indirecta u oblicua, disfrazando de legalidad un acto para eludir la aplicación de la norma que prohíbe precisamente la realización o los efectos de dicho acto. Se viola la prohibición, pero tras la fachada de un acto válido(4).

La información ofrecida por el proveedor debe ser eficiente y no meramente formal. Otra vez acierta Sobrino cuando postula que: ...sin perjuicio de lo que desarrollaremos más adelante, es que ahora queremos dejar sentado que la clave de bóveda del deber de información es que debe ser eficiente. Es decir... se debe conseguir un efecto determinado(5).

Otro caso frecuente de fraude a la ley consiste en disimular la existencia de una relación de consumo instrumentando una obligación cambiaria. Así, un supuesto acreedor cambiario se presenta en los tribunales para ejecutar un pagaré, simulando ajustarse a los términos del decreto ley 5965/1963 y las disposiciones contenidas en el Código Procesal, pero violando el art. 36 de la LDC.

La jurisprudencia nacional, a la que lentamente se van sumando las provincias más rezagadas, tiene criterios consolidados con relación a este tópico. Los anotamos por separado para no distraernos del tema específico de este breve ensayo(6).

III) Las neurociencias, la información eficiente y el optimismo desbordante. Como ya fue reseñado, los proveedores que lideran el mercado aparentan informar a su clientela sabiendo que no lo hacen en forma eficiente. En las grandes ligas del marketing, nadie ignora que por más que se pongan en las cajas o en los frascos leyendas con severas advertencias ellas no serán leídas.

El problema más serio es que la falta de voluntad informativa de los proveedores es complementada, maravillosamente bien, por los propios usuarios y consumidores que desprecian la información. Dicho en forma más sencilla: le tenemos aversión a los informes que contrarían nuestras ilusiones embriagadas de optimismo. Y ese voluntarismo engañoso, con el que afortunadamente nacemos, excede a las relaciones de consumo y puede llegar a consumir nuestra limitada razón arrebatados por un amor que se nos presenta como eterno pero que pronto termina en la oficina de un juez de familia.

Richard Thaler y Cass Sunstein traen el ejemplo de optimismo matrimonial: Las personas tienen un optimismo no realista incluso cuando hay mucho en juego. Aproximadamente el 50 por ciento de los matrimonios acaban en divorcio, y éste es un dato que la mayoría de la gente conoce. Pero en el momento de la ceremonia casi todas las parejas creen que las posibilidades de que su matrimonio acabe en divorcio son aproximadamente del cero por ciento, incluso los que ya se han divorciado(7).

Pero volvamos rápidamente nuestro mundo leguleyo y pasemos por alto las reflexiones retrospectivas que suelen apenarnos. En materia de seguros, cuyos contratos de adhesión posiblemente sean la bandera insignia en materia de cláusulas abusivas, es muy común que las pólizas contengan cantidades abrumadoras de informaciones irrelevantes que se ponen al comienzo del contrato, dejando para el final la información que realmente les interesa a los usuarios. La finalidad de esa práctica abusiva, es agotar rápidamente la escasa (nula, en verdad) lectura que los usuarios hacen de los contratos: En efecto, dichas definiciones son letra muerta, dado que ningún consumidor tiene la expectativa que se le brinde cobertura -p. ej. - de un hecho derivado de una guerra internacional... vinculado con un siniestro con su automóvil o daños que sufre en su domicilio. Peor aún, el único objetivo que se logra es que se refuerza la tendencia que tienen los consumidores a no leer los contratos...

Como consecuencia de ello. solo deberían figurar las expectativas que tengan los asegurados que puedan resultar de interés, ora por su aspecto cuantitativo, ora por su análisis cualitativo., dice con razón Sobrino(8).

Al igual que en el ejemplo del tenista amateur, que compra la misma raqueta que usa su ídolo y paga por ella un precio mucho más elevado que el necesario

para adquirir una raqueta acorde con su nivel de juego, los clientes de cualquier producto están dominados por un optimismo impulsivo que los lleva a rechazar la información razonable.

Este optimismo irracional e impulsivo, que algunos estudiosos denominan 'tentación', es prácticamente imposible de controlar mediante informaciones formales. Una vez que fuimos empujados a los abismos de las tentaciones no hay información que pueda detener el impulso.

Richard Thaler (Premio Nobel de economía 2017) estudió estos impulsos no racionales y concluyó que: Los problemas de autocontrol combinados con la decisión irreflexiva tienen malas consecuencias para la gente real. Millones de personas todavía fuman a pesar de que está demostrado que fumar tiene consecuencias terribles para la salud y, lo que es más significativo, la gran mayoría de los fumadores afirman que les gustaría dejarlo. Casi dos tercios de los estadounidenses tiene sobrepeso o están obesos. Muchas personas nunca llegarán a suscribir el plan de pensiones de su empresa, aunque cuenten con importantes ayudas(9).

No se trata de informar a destajo, sino de analizar los aspectos más importantes de la estructura psíquica de los sujetos y de saber que la conducta impulsiva prevalece sobre la reflexiva. El inconsciente, del que poco se habla en nuestras escuelas de derecho, tiene sobre nuestra conducta mucha más preponderancia que la que estamos dispuestos a aceptar. Sin embargo, nuestra voluntad y nuestra libertad están limitadas por fuertes tendencias inconscientes que, afortunadamente, no podemos controlar. Empero, negar o subestimar la importancia del inconsciente nos hace todavía menos libres y más fáciles de manipular.

La manera de romper las paradojas de una información que desinforma al consumidor y desobliga al proveedor, no es acentuar el volumen de la obligación, sino reconducirla para lograr que ella se convierta en la severa advertencia que el empresario les hace a sus propios clientes: En definitiva, si las neurociencias y la moderna tecnología nos abren un campo tan vasto e interesante es que debemos repensar lo que se viene realizando, para adaptarlo a las nuevas circunstancias, en especial, en el caso de deber de información - deber de asesoramiento - deber de advertencia para la protección de los consumidores, dice acertadamente Waldo Sobrino(10).

En sumario; pensamos que para informar correctamente es preciso achatar el optimismo del consumidor; hacerle entender que, por más que compre la raqueta más cara del negocio, su nivel de juego seguirá siendo mediocre en el mejor de los casos. Pero, (qué empresario estaría dispuesto a decirle esa verdad a sus clientes que, por sobre todas las cosas, no quieren escucharla? Ello sin contar que esa verdad tendría, en el mejor de los casos, un resultado irrefutable: la caída en las ventas. El problema real que plantea la información es que ella conspira contra las ventas de los proveedores y contra el relato de los adquirentes. En efecto, la información eficiente achata las ventas porque los despoja a los productos del relato optimista y falso al que estamos deliciosamente subordinados.

IV) El libre albedrío dura la mitad de un segundo. John Bargh (Yale University) formula una idea de la que se derivan importantes cuestiones. Veamos: Al igual que mi cuñado, la gente que oye hablar por primera vez del poder de las influencias inconscientes tiene miedo a carecer de libre albedrío o de control sobre su vida. Pero lo irónico es que negarse a creer la evidencia solo por mantener la creencia en el propio libre albedrío, en realidad reduce la auténtica libertad de la persona. Las personas que niegan la mecánica de la sugestión o la posibilidad de recibir influencias que no perciben son justamente las más susceptibles de ser manipuladas(11).

En efecto, como bien apunta Bargh, lo que parece estar en crisis es la noción filosófica del libre albedrío y esto desafía la creencia, un poco supersticiosa y bastante religiosa, de que la voluntad expresada jurídicamente en el acto realizado con discernimiento, intención y libertad, es la causa de todas nuestras acciones.

Veamos un poco mejor esta tensión entre la psicología y la ciencia jurídica.

El libro albedrío postula que la voluntad es la causa última de todas las acciones humanas y la psicología del comportamiento señala que la voluntad es el elemento más débil en las acciones que emprendemos.

La evidencia científica nos está mostrando, cada vez con más solvencia, que nuestras acciones tienen muy poco que ver con esa voluntad sobrevalorada por la mayoría de las ciencias sociales, particularmente por el Derecho.

No obstante, es importante remarcar que ello no significa que estamos condenados a un determinismo impulsivo que nos quita toda autonomía. Es interesante la explicación que sobre este tema propone el científico argentino Estanislao Bachrach.

Sin entrar en los detalles del sistema de conexiones neuronales que organizan la actividad de nuestro cerebro, tema que nos apasiona pero que francamente excede nuestra capacidad de comprensión, podríamos resumir la idea diciendo que aquello que conocemos, casi de manera intuitiva, como libre albedrío se reduce a una lucha interna entre los impulsos activados por complejas conexiones neuronales y la capacidad que tenemos para controlarlos.

El hábitat del Homo Sapiens es el de la convivencia, a veces un poco áspera, entre sus impulsos neuronales y su habilidad para obedecerlos, contrariarlos u omitirlos. Dice Bachrach: Cuando aprendes a hacer algo (o pensar o sentir), las conexiones neuronales responsables de esa acción (o pensamiento o emoción) son como un piolín que, con las repeticiones, se convierte en un cable de acero. Podría pensarse que cambiar es romper ese cable, pero, como veremos con el poder de vetar, hoy la ciencia tiene evidencia de que, más que romperlo, lo cambiamos por uno nuevo(12).

En efecto, si bien existe el impulso, el hábito ciego y la acción automática, también existe la posibilidad de modificarlo o detenerlo o contrariarlo. Es que, aun admitiendo que la mayoría de las acciones que realizamos durante el día son involuntarias hay un espacio, no muy grande pero real, en donde la voluntad puede torcer el rumbo del impulso.

Como explica Bachrach, nuestro cerebro toma decisiones antes que nosotros y ordena su ejecución sin anuncios o consultas previas(13). Sin embargo, entre la ejecución de la orden del cerebro y su cumplimiento efectivo, disponemos, según explica Bachrach, de una fracción de segundo (0,2 seg.) para retractarnos o vetar la orden del cerebro.

La decisión del cerebro y el impulso de concretarla puede describirse como un ciclo de tiempo que dura aproximadamente 0,5 segundos, de los cuales disponemos de la última fracción de 0,2 segundos para analizar la decisión y vetarla o modificarla de acuerdo con los recursos de nuestra voluntad: Ese es el espacio de tiempo entre la conciencia y la realización de la acción. Es decir, me quedan 0.2 segundos ($0.5 - 0.3 = 0.2$) para decidir no hacerla.

El poder de vetar es la conciencia que puede ejercer sobre la acción involuntaria accionada por el cerebro para no realizarla. Parece poco tiempo, pero es más que suficiente para permitirnos que nuestra conciencia entre en funciones y pueda alterar el resultado de la intención de acción(14).

Más claro imposible: nuestra actividad consciente es relevante durante los últimos 0.2 segundos de tiempo antes de concretar la acción automáticamente decidida por el cerebro. Se trata, como podrá comprender el lector, de un libre albedrío de muy corta duración.

La tentación ejerce sobre el deseo una fuerza que domina fácilmente a los pensamientos más reflexivos y moderados. Este desequilibrio entre el impulso y la reflexión es un secreto a gritos entre los que estudian la conducta humana. Más aún, podemos remontarnos, como lo hacen Thaler y Sunstein, al mitológico marinerío Ulises para entender que desde hace miles de años que luchamos esforzadamente y con resultado diverso contra nuestras tentaciones: La mayoría de la gente es consciente de que la tentación existe, por eso toma medidas para vencerla. El ejemplo clásico es el de Ulises, que afrontó el peligro de las sirenas y su canto irresistible. En frío Ulises ordenó a la tripulación que se tapara los oídos con cera para que la música no les tentara. También pidió que le ataran al mástil para poder escuchar la música

y que las ligaduras le impidieran sucumbir, en caliente, a la tentación de dirigir la nave hacia ellas(15).

Veamos cómo funciona todo esto en un ejemplo más o menos real y más cercano a nuestro quehacer que las batallas marinas del gran Ulises. Supongamos que alguno de nosotros se encuentra en una elegante tienda de ropa y que, de repente, nos sorprende un enorme mural publicitario que muestra a Brad Pitt luciendo un espléndido traje de Armani. Así se pone en marcha la tentación: el tiempo que pasa entre que esa envidiable imagen se nos mete en la cabeza y agarramos la tarjeta de crédito para pagarla es de medio segundo. El libre albedrío, de homo sapiens, promedio nos concede 0.2 segundos para vetar esa imprudencia y reenviarnos a la tienda Macowens más cercana a nuestras posibilidades físicas y presupuestarias. -Después de todo, con cinco kilos menos, todos los trajes azules lucen elegantes!.

Queda, para concluir este tópico una última reflexión. Creemos que la teoría jurídica, representada por la construcción teórica de un acto jurídico voluntario integrado por el discernimiento y la intención (art. 260 del CCyC) no asumió, por error o ignorancia, que nuestra voluntad es un intangible que dura el 20% de un segundo. Dicho con otras palabras: la teoría general del acto jurídico voluntario tiene la solidez de un suspiro.

No obstante, seguimos siendo libres, de manera atenuada, pero, al fin, libres: La mente tiene poder de veto sobre el cuerpo. Libet describió entonces que 'como libre albedrío es iniciado en el cerebro de manera consciente, uno no tiene por qué sentirse culpable o pecador por el simple hecho de sentir ansias o deseos de hacer algo no social. Pero el control consciente sobre ese posible acto está al alcance de todos, haciendo que si tengamos responsabilidades por nuestros actos, dice con fundamento, el científico argentino Estanislao Bachrach(16).

B) Una nueva concepción de la antijuridicidad.

I) Presentación.

La antijuridicidad es uno de los presupuestos esenciales de la responsabilidad porque, en esencia, supone una ruptura del orden legal. Sin ese quiebre, entre la legalidad del ordenamiento normativo y una actividad material que la rompa, no es posible que se enciendan los mecanismos resarcitorios propios de la responsabilidad.

Decimos que se trata de un presupuesto porque antes de realizarse el examen atributivo de responsabilidad, para determinar si ella es subjetiva u objetiva, aparece la obligación genérica de no dañar. En este punto coincidimos con Matilde Zavala de González, quien, mucho antes que nosotros, decía: El sistema actual recepta la antijuridicidad como presupuesto prioritario de la responsabilidad civil, al enunciarla antes que los factores de atribución, la relación de causalidad y... el daño(17).

La antijuridicidad es el quiebre del deber genérico de no dañar (alterum non ladere), mientras que la responsabilidad es un método para distribuir las consecuencias del daño. Ello implica, naturalmente, que si no existe un daño injusto (antijurídico) no será necesario establecer un sistema para repartir sus consecuencias económicas. Ello, a pesar de que puedan existir situaciones extraordinarias que contemplen la obligación de resarcir algunos daños derivados de acciones que no son antijurídicas. Y volvemos a coincidir con Zavala de González: Como excepción, algunos daños de origen justificado -por derivar de actos lícitos - son injustos y devienen resarcibles cuando opera algún factor de atribución. como la equidad en menos cabos inferidos en estado de necesidad...(18). Efectivamente, el art. 1718 inc. c del CCyC., en su última oración, postula que: ... En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.

Hecha esta presentación, vale la pena que nos detengamos un poco para analizar las conductas que parecen irreprochables pero que en verdad son antijurídicas. La cuestión central consiste en determinar si algunos comportamientos dudosos, que parecen ser lícitos, tienen entidad suficiente

para engendrar la obligación resarcitoria o si, por el contrario, quedan eximidos de esa obligación por constituir el ejercicio regular de un derecho (art. 1718 CCyC., inc. a).

En este t3pico, nos interesa echar una mirada sobre aquellas conductas que solo en apariencia son confiables pero que son il3citas y no constituyen el ejercicio regular de un derecho. No podemos soslayar que las grandes corporaciones, cuando dise1an sus millonarias campa1as publicitarias, juegan al l3mite de sus derechos y, muy a menudo, lo exceden abusivamente. Cada vez resulta m3s necesario examinar, con cierto detalle, las actividades del marketing masivo porque, en general, all3 est3 la ra3z de un da1o antijur3dico.

II) La antijuridicidad como noci3n triangular.

Para entender mejor esas actividades l3mitrofes que separan la actividad comercial l3cita del comportamiento antijur3dico, es preciso examinar c3mo se organiza la noci3n de antijuridicidad en el sistema legal vigente.

Para ello, debemos recordar que el C3digo Civil y Comercial ha ampliado la noci3n de antijuridicidad. En efecto, conforme lo dispuesto por el art. 1717 del CCyC. la antijuridicidad ya no es un concepto subordinado a la violaci3n a la norma jur3dica, sino a la existencia de un da1o que, adem3s, no est3 jur3dicamente permitido. En efecto, en el actual sistema legal lo que determina la antijuridicidad no es la violaci3n a la norma general o al contrato en particular, sino la existencia de un da1o injusto.

En el esquema dispuesto por el C3digo, la antijuridicidad es una noci3n triangular integrada por: a) la obligaci3n de no da1ar (art. 1716); b) la existencia de un da1o derivado de acci3n u omisi3n del agente (art. 1717) y c) la falta de justificaci3n del da1o provocado (art. 1718).

Antes que nosotros, alguna doctrina ya se hab3a ocupado de se1alar que lo antijur3dico es una contradicci3n con todo el sistema legal y no solamente con ordenamiento normativo. As3 Pizarro y Vallespinos, al referirse a la antijuridicidad material, dicen: La antijuridicidad material... tiene un sentido diferente, sensiblemente m3s amplio, comprensivo no s3lo de las prohibiciones formales..., sino tambi3n de las prohibiciones de implicancia, que son aquellas que se desprenden de los principios fundamentales que hacen al orden p3blico en sus diferentes manifestaciones y alcances, de la moral y de las buenas costumbres(19).

Dicho esto, veamos algunas cuestiones particulares del nuevo r3gimen de la antijuridicidad:

1. La obligaci3n de no da1ar. En primer lugar, se prescribe una obligaci3n gen3rica de no da1ar y, como contrapartida, se establece la obligaci3n resarcitoria para reparar el da1o (art. 1716, CCyC). Se trata de la formulaci3n m3s gen3rica y efectiva del principio 'alterum non ladere' dentro de nuestro ordenamiento jur3dico. Pizarro y Vallespinos refuerzan esta idea al se1alar que: Esta interpretaci3n se ha visto s3lidamente robustecida en el C3digo Civil y Comercial, que de manera expresa determina que cualquier acci3n u omisi3n que causa un da1o a otro es antijur3dica si no est3 justificada...(20).

2. La antijuridicidad presumida. En segundo lugar, se dispone una f3rmula muy amplia y abarcativa en la que la antijuridicidad comprende a todo da1o injusto o, mejor dicho, no justificado legalmente (art. 1717, CCyC). Como dice Matilde Zavala de Gonz3lez: La antijuridicidad colorea de injusticia al da1o pues, como regla, si el acto es il3cito el da1o es inmerecido para la v3ctima, y obliga a resarcirlo...(21).

En este esquema, la antijuridicidad est3 emparentada, en forma inseparable, con el da1o injusto o, mejor dicho, por la acci3n da1osa que no pueda ser justificada con alguna de las causales establecidas en el art. 1718 del CCyC. En sumario; el da1o injusto hace presumir la existencia de una acci3n da1osa antijur3dica que engendra la responsabilidad del agente. Ello significa, ni

más ni menos, que estamos ante un sistema legal de antijuridicidad presunta: La norma, al estatuir que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica, reglamenta una presunción legal que como tal puede ser desvirtuada acreditando una causa de justificación(22).

Esa vinculación estrecha entre el daño y la antijuridicidad es un notable avance del Código Civil y Comercial que tantas veces criticamos. En coincidencia, la doctrina ha señalado que: ... se verifica que el Código ha puesto su cuota de humanismo, al situar, como primer presupuesto al daño que sufre una persona. presumiendo que por su sola existencia la conducta del dañador es antijurídica(23).

3. Los actos lícitos dañosos. Asimismo, el sistema legal prevé que el ejercicio regular de un derecho no es antijurídico y si de ese ejercicio se deriva un daño, no sería resarcible. Así, el acto lícito dañoso no engendra, en principio, responsabilidad del agente dañador que obró legalmente (art. 1718, CCyC). En este punto, coincidimos con Federico Ossola: ... como todo hecho que causa daño es, en principio, antijurídico, cualquier permiso legal para ocasionarlo debe quedar emplazado en el concepto de causa justificación. Por ende, se tratará siempre de actos lícitos daños que, como regla, no engendrarán responsabilidad a su agente...(24).

De acuerdo a este esquema, la existencia de un daño hace presumir (Iuris tantum) la antijuridicidad en la conducta del agente quien, en principio, deberá repararlo salvo que pruebe que su obrar estaba legalmente justificado. La doctrina mayoritaria sigue esta dirección: Como consecuencia del referido criterio jurídico, se presume que el daño es antijurídico, salvo que se prueba que el mismo es encuentra justificado. Esto se fundamenta en que existe un deber general de las personas de no causar daño a otros(25).

Como puede verse, ya no estamos frente a un daño injusto, sino a una consecuencia dañosa derivada de un acto lícito. Dicho en otras palabras: las justificantes contenidas en el art. 1718 del CCyC convierten al daño injusto en un evento dañoso justificado y a las acciones dañosas en lícitas.

III) La información aparente y la antijuridicidad real. Procedencia de los daños punitivos.

A lo ya dicho, debe agregarse la posible existencia de actividades que, además de ser dañosas, son realizadas con pleno conocimiento del daño que ellas pueden provocar. En concreto, si a raíz de la forma en que se transmite la información se deriva una situación dañosa, esa conducta se reputará antijurídica y quedará expedita para la víctima la acción indemnizatoria.

Matilde Zavala de González se refiere a estas situaciones (antijuridicidad difusa) que describen conductas que parecen jurídicas pero que provocan daños: Las conductas antijurídicas y lesivas son fuentes de daños injustos, pero también poder surgir de actividades permitidas y aprobadas socialmente, con prescindencia de un obrar concreto que pueda considerarse como ilícito(26).

No es tan complejo imaginar que gran parte de las empresas líderes elaboran campañas publicitarias cuya finalidad primaria es no informar, sino simular que informan. Esta conducta, que sólo en apariencia es lícita, no podría pasar la valla de la antijuridicidad presunta establecida en el art. 1717 del CCyC.

En ese orden de ideas, sostenemos que si se verifican los extremos del triángulo que mencionamos en el párrafo anterior (la violación al deber de no dañar, la existencia de un daño, y la imposibilidad de justificarlo) sumado a una conducta deliberada del agente, sería procedente (en el caso de las relaciones de consumo) la aplicación de la indemnización punitiva prevista en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

IV) La jurisprudencia.

A continuación, se presente una breve revista que ilustra cómo trata la jurisprudencia el tema de la antijuridicidad. Para seguir la lógica del desarrollo del tema, hemos concentrado la jurisprudencia alrededor de tres temas: el daño injusto, la antijuridicidad material y el ejercicio regular de

un derecho.

Finalmente se presenta un fallo, de finales de 2019 que trata el tema del daño relacionado con el consumo del tabaco, que muestra como pocos, la evolución jurisprudencial del concepto de antijuridicidad y del predominio de la regla *alterum non laedere*.

1. Daño injusto y antijuridicidad.

La noción de daño injusto es más amplia que la de daño injustamente causado. Un daño sufrido por un sujeto puede ser injusto porque ese daño fue injustamente causado o porque es injusto que lo soporte quien lo recibió (daño injustamente sufrido). (Del voto en disidencia del Dr. Pettigiani, B., A. vs. B., D. s. Daños y perjuicios, SCJ, Buenos Aires; 16/09/2003; Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires; Ac. 79997; RC J 5619/10).

2. Daño injusto y antijuridicidad.

En definitiva, debe tratarse de una antijuridicidad material, ... Y allí es donde la amenaza del daño debería ser analizada a la luz del *alterum non laedere* (y no de una prohibición legislativa expresa), ya que la antijuridicidad radica en tal caso en la injusticia de dicha amenaza. El *alterum non laedere* se erige en una directiva esencial en pos de la prevención de los daños, ya que más allá de estar referido al daño ya ocasionado, alcanza también a la amenaza de un daño injusto, lo que justifica la intervención de la justicia para determinar directivas preventivas para evitar, de tal modo, la producción del daño. (Zabaloy, Ana María vs. Marchi, Luis Miguel y otro/a s. Daños y perjuicios provocados por explotación agrícola, CCC Sala I, Mercedes, Buenos Aires; 31/10/2019; Rubinzal Online; 117624; RC J 12191/19).

3. Daño injusto y antijuridicidad.

La reparación del daño injustamente experimentado tiene jerarquía constitucional. Esta directiva, sostenida por la Corte Suprema con anterioridad -incluso- a la vigencia del Código Civil y Comercial, constituye una pauta de insoslayable valoración por los jueces al tiempo de justipreciar el daño y ha quedado plasmada en el ordenamiento citado que se asienta en el principio de reparación plena, al que se refiere en su art. 1740, Código Civil y Comercial. Este se asienta en cuatro reglas fundamentales: el daño debe ser fijado al momento de la decisión; la indemnización no debe ser inferior al perjuicio, la apreciación debe formularse en concreto y no debe ser superior al daño sufrido. (Gags, José Rolando vs. Consorcio de Propietarios.s. Daños y perjuicios, CNCiv. Sala M; 10/08/2018; Rubinzal Online; RC J 8254/18).

4. Daño injusto y antijuridicidad.

No debe perderse de vista el fin social que debe cumplir el contrato de seguro de modo que permita a los terceros damnificados obtener el resarcimiento de los perjuicios sufridos. Cabe tener en cuenta la tendencia cada vez más firme en el moderno derecho de daños consistente en proteger a la víctima procurando que el daño injustamente causado sea reparado. En este mismo orden de ideas, el Código Civil y Comercial recepta en el art. 1740 el principio de reparación plena. (A., M. G. vs. Paez, Ramón y otro s. Daños y perjuicios, CNCiv. Sala J; 29/08/2016; Rubinzal Online; 40475/2009; RC J 5399/16).

5. Antijuridicidad material.

En el derecho de daños rige un principio general del derecho con rango constitucional, el de "no dañar a otro" -*alterum non laedere*- que deriva del art. 19 de la Constitución Nacional redimensionado a raíz de la reforma constitucional, tras la incorporación de las declaraciones, tratados y convenciones con jerarquía constitucional (arts. 75 inc. 19 y 22 de la C.N.). Dicha tutela sirve también como guía, al portar un valor constitucional que ayuda a la interpretación de la ley aplicable. (Paus, Vicente vs. Valdez, Miguel y otros s. Daños y perjuicios, SCJ, Buenos Aires; 06/06/2011; Boletín de Jurisprudencia de la SCJ de Buenos Aires (Dr. Jorge M. Galdós); Ac. 97688; RC J 12317/11).

6. Antijuridicidad material.

Hay antijuridicidad no sólo cuando se viola una norma de derecho positivo, sino también cuando se ocasiona un daño a otro sin justificación alguna.

(Prosdócimo, Dante vs. Provincia de Córdoba s. Daños y perjuicios, CCC 1&, Córdoba, Córdoba; 25/08/2003; Rubinzal Online; RC J 2616/04).

7. Antijuridicidad material.

Para que sea antijurídica una conducta debe ser contraria a derecho. Esta contrariedad surge de una consideración de la conducta independiente de las intenciones del agente, de modo tal que no se toma en cuenta si quiso dañar o fue negligente: el juicio es objetivo. . La antijuridicidad de una conducta surge de compararla no sólo con las leyes (antijuridicidad formal), sino con el ordenamiento jurídico en su conjunto, tomando en cuenta también otras fuentes normativas, en especial los principios y dentro de ellos, el de no dañar a otros. A ello se denomina antijuridicidad material. (Gazzo, Federico vs. Heca y otros s. Daños y perjuicios, CCC Sala 4, Rosario, Santa Fe; 28/03/2005; Rubinzal Online; RC J 1206/07).

8. Antijuridicidad material.

El régimen reparatorio de daños encuentra su fundamento básico en la prohibición de perjudicar los derechos de los terceros ("alterum non laedere"). De este mandato se desprende que, ante la violación del deber de no dañar ("naeminem laedere"), surge la obligación de reparar el perjuicio producido. (Acosta, María Felisa vs. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCBA) s. Empleo público, Cám. Cont. Adm. y Tribut. Sala I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 28/12/2006, RC J 126/11).

9. Ejercicio regular de un derecho y antijuridicidad.

Remitido a lo que la actora diera como razones por las cuales embistió la tarima o góndola y sufrió las lesiones que invoca, surge claro de sus dichos, que no fue dicha instalación la que se constituyó en un objeto inerte como causa activa del daño, sino que el propio accionar de la damnificada - conduciéndose con torpeza, falta de atención, brusquedad- ... La demandada - proveedora- tiene dispuestas sus instalaciones en el referido salón de venta, en forma reglamentaria y normal para su uso por parte de los consumidores; razón por la cual, no se la puede hacer responsable por la conducta inadecuada de la actora usuaria o consumidora. (Torres González, María Cecilia vs. Coto C.I.C.S.A. (Supermercado) s. Daños y perjuicios, Cám. Apel. Circuito, Rosario, 12/09/2019; Rubinzal Online; 21-12237268-2; RC J 13525/19).

10. Alterum non laedere: el consumo de tabaco.

No se soslaya que la fabricación, la venta y el consumo de cigarrillos no son actividades ilícitas o antijurídicas. El legislador con conocimiento de los riesgos que entraña el fumar se ha limitado a imponer tributos que gravan fuertemente la industria tabacalera (Ley de impuestos internos 24.674 y normas reglamentarias), a reglamentar la actividad (Ley del tabaco 19.800, modificatorias y normas reglamentarias) y a restringir su publicidad (Ley 23.344 y su complementaria Ley 24.044). Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que la nueva responsabilidad civil contiene una composición diferente a la anterior (art. 1717, Código Civil y Comercial), y el sistema funciona de otra manera: no hay tipicidad del hecho dañoso, sino que se ha utilizado una formulación abierta ("alterum non laedere") que permite atrapar cualquier modalidad de actuación que resulte en daño. (Quidi, María Adelina vs. Nobleza Piccardo S.A. y otros s. Daños y perjuicios /// CNCiv. Sala C; 09/09/2019; Rubinzal Online; 97951/1998; RC J 10088/19).

11. Alterum non laedere: el consumo de tabaco.

Es decir que ... es antijurídico todo hecho que daña en la medida en que el daño no esté justificado, sin necesidad de que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material). Remárguese que hoy en día no es una eximente de responsabilidad la autorización administrativa para la realización de cierta actividad riesgosa (art. 1757, Código Civil y Comercial). (Quidi, María Adelina vs. Nobleza Piccardo S.A. y otros s. Daños y perjuicios /// CNCiv. Sala C; 09/09/2019; Rubinzal Online; 97951/1998; RC J 10088/19).

Notas al pie:

1) Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial..., p.83.

2) Highton de Nolasco, Elena Inés, Título Preliminar del Código civil y

Comercial. Principios Generales del Derecho Argentino, Santa Fe Rubinzal-Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo, 2015, Cita: RC D 1011/2017.

3) Rivera - Crovi, Derecho Civil y Comercial, Parte General, ... p. 73.

4) Ferreira Rubio, Delia en, Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 1A, .p. 158).

5) Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial..., p.85.

6) 1. Acudir al recurso de instrumentar la deuda derivada de una operación crediticia con un consumidor en un título cambiario indicando un domicilio de pago distinto del real, importa contravenir palmariamente la finalidad específica de la tutela establecida por el orden público del consumo (arts. 36 y 65, Ley 24240, texto según Ley 26361) y entraña un evidente ejercicio abusivo del derecho cuando la conducta, si bien encuadraba formalmente con la norma legal, al encontrarse desviada del fin para el cual la ley concediera ese derecho o ejercitarse en pugna con los principios de la buena fe, la moral o las buenas costumbres, en verdad se halla viciada y repudiada por el derecho. (Del voto del Dr. Pettigiani). (Cuevas, Eduardo Alberto vs. Salcedo, Alejandro René s. Cobro ejecutivo SCJ, Buenos Aires; 01/09/2010; Rubinzal Online; C 109305; RC J 13919/10).

2. El fraude a la ley requiere de una alteración maliciosa y voluntaria del punto de conexión establecido por la norma de conflicto que envía a aplicar un derecho determinado, con la finalidad primera de evadir el derecho aplicable al caso. (Más Beneficios S.A. vs. Santillán, Rodolfo Antonio s. Ejecutivo, CCC 1&, Córdoba; 06/10/2016; Rubinzal Online; 2648111/36; RC J 6019/16).

7) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, Belén Urrutia (trad.), Buenos Aires, Taurus, 2018, p. 49.

8) Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial..., p.97.

9) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, Belén Urrutia (trad.), Buenos Aires, Taurus, 2018, p. 61.

10) Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial..., p. 85.

11) Bargh, John, (Por qué hacemos lo que hacemos?, . p. 29.

12) Bachrach, Estanislao, En cambio... p. 359.

13) Como hemos visto a lo largo del libro, nuestro cerebro decide, sin consultarnos, muchas de las cosas que hacemos o dejamos de hacer. No nos pregunta si queremos seguir haciéndolas, si aún son beneficiosas o si coinciden con nuestras expectativas y objetivos de largo plazo. (Bachrach, Estanislao, En cambio. p. 360).

14) Bachrach, Estanislao, En cambio... p. 361.

15) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón..., p. 58 y 59.

16) (Bachrach, Estanislao, En cambio. p. 362).

17) Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil ...T° 1, p.386.

18) Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil ...T° 1, p.387.

19) Pizarro - Vallespinos, Tratado de Responsabilidad Civil ..., T° 1, p. 223.

20) Pizarro - Vallespinos, Tratado de Responsabilidad Civil ..., T° 1, p. 227.

21) Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil ...T° 1, p.410.

22) Alterini, Jorge H., (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial ..., TVIII, p.62.

23) Alterini, Jorge H., (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial ..., TVIII, p.65.

24) Rivera - Medina, Derecho civil y comercial, Responsabilidad Civil..., p. 67.

25) Fumarola, Luis Alejandro, en Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, . p. 143.

26) Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2015, T° 1, p. 127.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 7 DE JULIO DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.12, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.260, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1716, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1717, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1718, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1740, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1757, Constituci3n de la Naci3n Argentina Art.19, Constituci3n de la Naci3n Argentina Art.75, Decreto Ley 5.965/63, Ley 19.800, Ley 23.344, Ley 24.044, Ley 24.240 Art.36, Ley 24.240 Art.52, LEY 24.674*

Estudio exegético de la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación: Consumidores Hipervulnerables

CRUZ MATTERI, JUAN IGNACIO

Publicación: <https://www.legister.com>, 20 DE JULIO DE 2020

TEMA

CONSUMIDORES-CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Le droit est-il une science ou un art? Il es l'un et l'autre.

Zachariae, Karl Salomo. Droit Civil Francais. 1854. Paris.

ARTÍCULO 1º.- Establécese que a los fines de lo previsto en el Artículo 1º de la Ley N° 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores.

Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo.

Consumidor Hipervulnerable.

El Artículo 1º viene a dar que se entiende por la idea de consumidor hipervulnerable. Previo a glosar el mentado apartado diremos que nos encontramos ante una situación de género y especie.

Todo Consumidor hipervulnerable es consumidor, pero no todo consumidor integra el grupo de consumidores hipervulnerables; de allí se entiende la imperiosa necesidad de esta reglamentación. Si podemos afirmar que ambos comparten el rasgo característico de ser sujetos de derechos débiles, o que necesitan, en un mayor o menor grado, una protección especial. Las normas protectorias al consumidor se fundan en la debilidad que éste presenta frente al prestador de bienes y servicios. Se debe decir que es una vulnerabilidad de índole estructural porque surge del rol que ocupa el consumidor en el mercado, asociada a las fallas e imperfecciones que le son propias a éste: el desequilibrio entre el consumidor y el proveedor. Dicho desequilibrio obedece a esa vulnerabilidad estructural en que se encuentran los consumidores que provoca que las relaciones de consumo sean esencialmente asimétricas, en subordinación, debilidad o vulnerabilidad estructural, debilidad negocial o inferioridad manifiesta y sean, por consiguiente, merecedoras de tutela legal(2).

La vulnerabilidad como factor determinante de la protección, ha sido vista también como elemento tipificante de la categoría consumidor. Así lo ha resaltado la Corte en varias de sus sentencias, sosteniendo que la protección del artículo 42 CN, comprende a ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos(3). También el pensamiento jurídico nacional se expresó sobre la construcción del concepto de consumidor, en ese 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"(4).

Ahora bien, la categoría de consumidores en situación de vulnerabilidad ya tiene su largo tratamiento por parte de la doctrina nacional e internacional.

Primamente la doctrina italiana utilizaba el término de subconsumidor(5) o su equivalente en Francia como consumidor particularmente fragil(6) a los sujetos débiles que por cuestiones de edad (niños/as y gerontes) o por causas socio-económico-culturales(7) eran acreedores de una protección especial por parte del sistema normativo(8). Este relato de causales de vulnerabilidad muestra que, mientras la protección al consumidor se fundamenta en una vulnerabilidad de índole estructural, la tutela a los hipervulnerables busca traspasar la nota de debilidad estándar, para ahondar en circunstancias particulares que resultan coyunturales(9), transitorias o permanentes, inherentes a la persona o externas a ella, y que acentúan la fragilidad del consumidor. En la figura del subconsumidor la vulnerabilidad estándar (estructural), confluye con otra, coyuntural, que lo torna más frágil en las relaciones de consumo y obliga a potenciar los mecanismos protectorios.

El concepto de hipervulnerables, que nos encontramos en el artículo de marras, es un concepto amplio, abierto y movable(10). Es amplio porque cubre, con su abanico protectorio, a quiénes se encuentran dentro de los grupos de sujetos vulnerables que nuestra Carta Magna ordena tomar medidas positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades, de trato, y el pleno goce 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) (11), esto se completa con el grupo que encontraremos en los diferentes Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Podemos mencionar 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. Es abierto porque no se trata de una categoría per se o permanente, sino de la existencia de condiciones específicas que se manifiestan en un determinado tiempo y lugar, y amplían la vulnerabilidad de ciertos grupos en su rol como consumidores(12). Y por último hablamos de concepto movable ya que en su misma esencia no se encuentra adosado a un compartimento estanco de la sociedad, todo lo contrario, fluctúa y va abarcando a los más vulnerables de los vulnerables, estudiando su situación social, su vulnerabilidad y su contexto "circunstancias (...) que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores".

La Persona Jurídica o Ideal como consumidor hipervulnerable.

En el segundo párrafo del Art 1° encontramos la aparición de la persona jurídica como sujeto hipervulnerable. Esta consideración comprende una limitación, que se encuentra, en el génesis del objeto de la persona ideal. El mismo debe responder a la búsqueda de una meta "sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo". Entendemos que quedarían incorporadas las Asociaciones y las Fundaciones, por las siguientes consideraciones: Las asociaciones, a diferencia de las sociedades comerciales, tienen un fin altruista, persiguiendo de forma desinteresada la búsqueda del bienestar general social(13). Y la fundación es un patrimonio afectado a un objetivo de bien común(14) o a una determinada finalidad social benefactora.

Esta segunda parte del articulado, a mí entender, entra en una discusión de larga data en la doctrina y jurisprudencia nacional: si la persona jurídica podía ser considerada como un consumidor(15).

Es clara la referencia del articulado al considerarla como un consumidor hipervulnerable, obrando como límite la finalidad de la misma. La razón de ser del concepto de consumidor hipervulnerable es darle una mayor protección a un grupo que ha sido, discriminado o desprotegido en relación a su edad, género, su salud mental o física, o su contexto cultural y socio-económico. Dicho esto la protección como consumidor hipervulnerable de las personas jurídicas, es, no por el hecho de ser persona jurídica ni tampoco por el tipo social adoptado, sino por el colectivo de sujetos que representan y por el objeto social que las enmarca: representan, protegen y promocionan derechos de consumidores hipervulnerables.

ARTÍCULO 2°.- A los efectos de la presente medida podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones:

- a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes;
- b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero);
- c) ser personas mayores de 70 años;
- d) ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite;
- e) la condición de persona migrante o turista;
- f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios;
- g) ruralidad;
- h) residencia en barrios populares conforme Ley N° 27.453;
- i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los siguientes requisitos:
 - 1) Ser Jubilado/a o Pensionado/a o Trabajador/a en Relación de Dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a DOS (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles;
 - 2) Ser Monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil;
 - 3) Ser Beneficiario/a de una Pensión No Contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil;
 - 4) Ser beneficiario/a de la Asignación por Embarazo para Protección Social o la Asignación Universal por Hijo para Protección Social;
 - 5) Estar inscripto/a en el Régimen de Monotributo Social;
 - 6) Estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico (Ley 26.844);
 - 7) Estar percibiendo el seguro de desempleo;
 - 8) Ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur (Ley N° 23.848);

El artículo segundo de la Resolución enumera, y solo de forma enunciativa, no taxativa, una serie de causas que pueden dar origen a la hipervulnerabilidad. Nótese que podría interpretarse como requisitos rígidos los que desprenden del inciso I).

ARTÍCULO 3°.- Encomiéndase a la SUBSECRETARÍA DE ACCIONES PARA LA DEFENSA DE LAS Y LOS CONSUMIDORES de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, a fin que arbitre las medidas que crea necesarias para la implementación de la presente resolución.

La mencionada Subsecretaría, deberá tener en consideración los siguientes objetivos y funciones:

- a) Promover acciones en pos de favorecer procedimientos eficaces y expeditos para la adecuada resolución de los conflictos de las y los consumidores hipervulnerables;
- b) Implementar medidas en pos de la eliminación y mitigación de obstáculos en el acceso a la justicia de las y los consumidores hipervulnerables;
- c) Orientar, asesorar, brindar asistencia y acompañar a las y los consumidores hipervulnerables en la interposición de reclamos en el marco de las relaciones de consumo;
- d) Identificar oficiosamente los reclamos de las y los consumidores hipervulnerables presentados en la Ventanilla única Federal de Defensa del Consumidor, el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) y el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC);
- e) Facilitar los ajustes razonables para el pleno ejercicio de derechos de las y los consumidores hipervulnerables en los procedimientos administrativos;
- f) Articular la intervención del Servicio de Patrocinio Jurídico Gratuito creado por Resolución N° 50 de fecha 30 de marzo de 2015 de la ex SECRETARÍA DE COMERCIO del ex MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS;
- g) Realizar gestiones oficiosas ante los proveedores identificados en los reclamos para la adecuada resolución de los conflictos de las y los consumidores hipervulnerables;
- h) Proponer el dictado de medidas preventivas, en los términos del párrafo 8 del Artículo 45 de la Ley N° 24.240;
- i) Proponer acciones de educación, divulgación, información y protección diferenciada a las y los consumidores hipervulnerables a través de la Escuela Argentina de Educación para el Consumo;
- j) Articular acciones con el Consejo Federal de Consumo (COFEDEC),

asociaciones de consumidores, entidades empresarias, organizaciones no gubernamentales, universidades, colegios y asociaciones de abogadas y abogados y otros organismos públicos o privados a los fines de promover estrategias para garantizar una protección reforzada a las y los consumidores hipervulnerables;

k) Relevar la información necesaria para evaluar, analizar, diseñar y desarrollar herramientas de relevamiento y análisis de información que identifiquen las barreras de acceso de las y los consumidores hipervulnerables;

l) Promover en los proveedores de bienes y servicios buenas prácticas comerciales en materia de atención, trato y protección de derechos de las y los consumidores hipervulnerables;

m) Colaborar en la implementación en los sistemas estadísticos y de control de gestión de indicadores relativos a las y los consumidores hipervulnerables.

ARTÍCULO 4°.- Dispónese que todos los procedimientos administrativos en los que esté involucrado un consumidor o consumidora hipervulnerable, se deberán observar los siguientes principios procedimentales rectores, sin perjuicio de otros establecidos en la legislación vigente:

a) Lenguaje accesible: toda comunicación deberá utilizar lenguaje claro, coloquial, expresado en sentido llano, conciso, entendible y adecuado a las condiciones de las y los consumidores hipervulnerables;

b) Deber reforzado de colaboración: los proveedores deberán desplegar un comportamiento tendiente a garantizar la adecuada y rápida composición del conflicto prestando para ello toda su colaboración posible;

ARTÍCULO 5°.- Invítase a las Autoridades de Aplicación de la Ley 24.240 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las Provincias para que, dentro de sus respectivas competencias, adopten las medidas pertinentes para garantizar en sus jurisdicciones una tutela de acompañamiento para las y los consumidores hipervulnerables.

El artículo tercero hace mención de los actos positivos por parte del Estado en pos de garantizar la real aplicación de la circulación en estudio. Nótese que algunas son de oficio, tales como: la identificación de los reclamos de los sujetos hipervulnerables frente a la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y el realizar gestiones oficiosas ante los proveedores identificados en los reclamos para la adecuada resolución de los conflictos de las y los consumidores hipervulnerables. En algunos casos el actuar final, en pos de cuidar al consumidor hipervulnerable, quedará en manos del proveedor de bienes y servicios, nos referimos en este caso al apartado l) Promover en los proveedores de bienes y servicios buenas prácticas comerciales en materia de atención, trato y protección de derechos de las y los consumidores hipervulnerables. Destaque el lector que el espíritu de protección hacia el consumidor hipervulnerable es total, es antes del conflicto y en el conflicto: se busca prevenir el menoscabo de sus derechos, se busca asesorar de forma pronta y gratuita al consumidor y, cuando los sujetos, que estaban en un plano antagónico, se encuentran en la instancia conciliatoria darle una solución al reclamo del consumidor hipervulnerable.

El artículo cuarto establece el principio de tutela procesal diferenciada. Dicha tutela se encuentra demarcada por dos pilares diferenciados. Por un lado la accesibilidad a un lenguaje claro, llano y conciso, en cada comunicación realizada al consumidor en el marco de un procedimiento administrativo. Por el otro nos encontramos con un deber reforzado de colaboración, el cual comprende que los proveedores desplieguen un comportamiento tendiente a garantizar la adecuada y rápida composición del conflicto.

El estudio y aplicación del lenguaje claro es un punto a resaltar. Ya la jurisprudencia(16) local como diferentes organismos se han advocated al estudio del tema(17). El derecho a un lenguaje claro, a una fácil comprensión de lo que se informa, se encuentra fundado en el Artículo 18 de la Constitución Nacional. La suprema norma consagra el debido proceso y la defensa en juicio, sin un lenguaje claro por parte del emisor el receptor nunca podría hacer uso de sus derechos. También la idea de un lenguaje claro ha sido receptado por distintos instrumentos internacionales, como el Código Iberoamericano de Ética

Judicial o las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

En cuanto al deber de colaboración de los proveedores a la hora de solucionar el conflicto que aqueja al consumidor, este no será optativo o facultativo sino que será compulsorio. Nótese que la resolución habla de un deber no de una potestad discrecional del proveedor.

Por último se invita a las otras jurisdicciones de nuestro país a tomar medidas similares en pos de garantizar el ejercicio y la defensa de los derechos de los consumidores hipervulnerables.

Notas al pie:

1) Juan Ignacio Cruz Matteri, Abogado. Especialista en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Secretario Académico del Colegio de Abogados Zarate Campana. Profesor en Derecho Civil y Derecho de los Contratos en la Universidad de Buenos Aires. Profesor en Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Premio Mejor Joven Profesional de la Pcia de Bs As otorgado por Colproba (2017). Titular del Estudio Jurídico Cruz Matteri y Asociados.

2) Barocelli, Sebastian Sergio. Director. Consumidores Hipervulnerables. Editorial El Derecho. Buenos Aires 2018 p 11.

3) CSJN, 22-4-2008, "Ledesma, María L. c/ Metrovías S.A.", Fallos: 331:819; CSJN, 24-11-2015, "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Nación Seguros S.A.", Fallos: 338:1344; CSJN, 28-4-2015, "PADEC c/ Bank Boston", Fallos: 340:172.

4) Conf. Frustagli, Sandra A., "La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho Argentino", Revista de Derecho del Consumidor, tercera época, Número 1 - noviembre 2016, 30-11-2.016, IJ-CCLI-396.

5) Ghidini, Gustavo, Per i consumatorí, Bolonia, Edit Zanichelli, 1977, p. 64.

6) Bihl, Luc "La protection du consommateur particulièrement fragile", JCP (Semaine Juridique, ed. Entreprise), n° 2, 1985, pp. 34-36.

7) Alterini, Atilio Anibal. Contratos. Civiles. Comerciales. De consumo. Teoría General. Segunda Edición Actualizada. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 2012. P. 129.

8) Cavanillas Múgica, Santiago, "La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos", en Estudios sobre consumo, N° 18, 1990, p. 44 y ss.

9) Señala Lorenzetti que "La vulnerabilidad que da lugar a la protección del subconsumidor está vinculada con fallas especiales que afectan a una categoría particular de sujetos", e Lorenzetti, Ricardo., Consumidores, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 16. Conf Conf. Frustagli, Sandra A., "La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho Argentino", Revista de Derecho del Consumidor, tercera época, Número 1 - noviembre 2016, 30-11-2.016, IJ-CCLI-396.

10) Vázquez Ferreyra, Roberto A en "UNA NUEVA CATEGORÍA DE CONSUMIDORES EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD AGRAVADA" Publicado en LA LEY 16/06/2020 , 1. Cita Online: AR/DOC/2029/2020.

11) Barocelli, Sebastian Sergio. Director. Consumidores Hipervulnerables. Editorial El Derecho. Buenos Aires 2018 p 27.

12) Barocelli, Sergio S. Director "La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumo argentino", Secretaría de Investigación, Facultad de Derecho, UBA, 2020.

13) Thaller, Edmond. Traité de Droit Commercial. Des Sociétés Commerciales por Pic, Paul. Tomo I. Paris 1908. Editor Arthur Rousseau p 4.

14) Nissen, Ricardo A. Curso de Derecho Societario. Editorial Hammurabi. 3° Edición actualizada. Buenos Aires 2015 p 104.

15) En la calificación como consumidor a la persona jurídica existen distintos criterios; así lo pone en evidencia la jurisprudencia. Una corriente considera que deben distinguirse entre aquellos actos que se integran de manera directa a la actividad comercial, de aquellos otros que se integran de manera indirecta; la categoría de consumidor estaría reservada para quienes se encuentren en este segundo supuesto. En este sentido: CNCom., sala A, "Artemis Construcciones S.A. c. Diyón S.A. y otro", 21/11/2000, AR/JUR/924/2000; CNCom., sala B, "ACYMA Asoc. Civil c/ Portfolio Personal SA y otro s/ ordinario", 17/10/2019, LA LEY, 2019-F, 535, AR/JUR/32582/2019;

CNCom., sala C, "Familia Amaya S.R.L. c/ Alra S.A. y otro s/ ordinario", 19/05/2020, AR/JUR/16294/2020; ídem, "Telsur SRL c/ Volkswagen SA" del 27/03/2019; ídem "Alba Compañía Argentina de Seguros SA c/ Tango Entertainment SA" del 31/10/2017; ídem "Lucky Marchand SA c/ Motorcam SA y otro s/ ordinario" del 17/03/2016. Otra opinión, que solventa más adecuadamente las exigencias del art. 1093 del Cód. Civ. y Com. (en particular, la relativa al uso privado), hace notar que la ley 24.240 no es aplicable a aquellas personas jurídicas que persiguen fines lucrativos, en la medida que el acto esté incorporado a su proceso de comercialización, ya sea directa o indirectamente (CNCom., sala D, "Hojobar S.A. c/ Volkswagen Argentina S.A. s/ ordinario", 9/5/2019, AR/JUR/23880/2019. Del mismo tribunal: "Asociación Prot. Cons. del Merc. C. del Sur Proconsumer c/ Banco Patagonia SA s/ ordinario", 27/08/2013, AR/JUR/60698/2013; "Unión de Usuarios y Consumidores c/ CMR Falabella SA s/ sumarísimo", 05/08/2013, AR/JUR/60419/2013; "Asociación Prot. Cons. del Merc. C. del Sur Proconsumer c/ Banco Patagonia SA s/ ordinario", 27/08/2013, AR/JUR/60698/2013; "Casale, Mónica Beatriz c/ Sva Sacifi y otro", 22/02/2008, AR/JUR/1006/2008). Conf a la cita de Méndez Acosta, Segundo J en CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES. A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN 139/2020 Cita Online: AR/DOC/1962/2020.

16) Juzg Familia y Sucesiones, única Nom., Monteros, "G. G. N. s/ adopción", 18/3/2019, AR/JUR/3124/2019; JNCiv. N° 7, "H., M. s/ inhabilitación"; CTrab., Córdoba, "Rosales, Claudio J. R. c/ Vázquez, Clara del Carmen y otro - ordinario - despido", 20/4/2017; JCiv., Com. y Familia 4 & Nom. Villa María, Córdoba, "P. M. F. s/ demanda de limitación de capacidad", 12/5/2017.

17) Legislación nacional que promueve el lenguaje claro en Argentina. Ámbito Nacional Decreto 258/2019 - Plan nacional anticorrupción (2019 -2023) Decreto 891/2017 - Buenas prácticas en materia de simplificación. Ciudad Autónoma de Buenos Aires Resolución 54/2019 - Secretaría Legal y Técnica -Buenas prácticas para la redacción de textos normativos. Córdoba. Acuerdo Reglamentario del Tribunal Superior de Justicia. Creación de un Comité de Lenguaje Claro y Lectura Fácil. Mendoza. Conformación de Comisión de trabajo de lenguaje claro Creación por Resolución de Presidencia N°36.831 - 17 de septiembre de 2019. Red de Lenguaje Claro Argentina.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: <https://www.legister.com>

Fecha: 20 DE JULIO DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Resolución 139/2020, Constitución de la Nación Argentina Art.18, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Constitución de la Nación Argentina Art.75, Ley 23.848, Ley 24.240 Art.45, Ley 24.240, LEY 26.844, LEY 27.453, Ley 23.179, Ley 23.849, LEY 26.378

Etiquetado frontal de alimentos: (Cuál es su importancia para la protección de los consumidores en la Argentina?)

IGLESIAS DARRIBA, CLAUDIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 14 DE AGOSTO DE 2020

TEMA

CONSUMIDORES-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-PRODUCTOS ALIMENTICIOS-ETIQUETADO FRONTAL DE ALIMENTOS-INFORMACION NUTRICIONAL-PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE-PRINCIPIO PRECAUTORIO

TEXTO

Resumen.

En este breve trabajo veremos qué es el etiquetado frontal de alimentos y cómo actúan los consumidores en función de él. En particular, veremos la importancia del mencionado etiquetado para los consumidores argentinos. Expondremos también cuál es el fundamento constitucional de este tipo de certificación alimentaria. También analizaremos cómo se relaciona con el principio precautorio ambiental, y cómo dicho principio, a su vez, se aplica en el Derecho de la salud. Asimismo, repasaremos diferentes opciones de etiquetado y cómo aparecen en distintos países. También veremos la normativa sobre armonización de etiquetado frontal en el MERCOSUR. Nos detendremos brevemente en la responsabilidad del propietario de la marca comercial. Y nos referiremos a un reciente informe publicado por el Ministerio de Salud de la Nación (2020) que compara la efectividad de distintos tipos de etiquetado entre los consumidores argentinos. Finalmente, arribaremos a algunas breves conclusiones y recomendaciones sobre el tema analizado.

1. Introducción.

Dentro del plan de acción global de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el control y prevención de obesidad y sus factores asociados se recomienda no sólo promover una dieta saludable sino también la implementación del etiquetado nutricional de los alimentos. Y sabemos que el etiquetado nutricional es -justamente- la forma que tiene la industria alimentaria de comunicarse con el consumidor, pero dicha comunicación muchas veces es ilegible y confusa. Para evitar esa confusión, se busca la incorporación de sistemas de "etiquetado frontal de alimentos" (EFA), que es una forma de asegurar que los alimentos contengan determinadas características y no otras.

Debemos aclarar que, en este trabajo, nos referiremos a las "etiquetas" como aquellos signos colocados en el producto por un tercero ajeno al productor o fabricante. Justamente, esa característica del certificador (su carácter de "tercero") le confiere confianza y agregado de valor a los productos etiquetados frente a los consumidores, quienes confían en el sujeto que coloca la etiqueta, aun cuando no conozcan las características del producto. Esto las diferencia de las marcas comerciales ya que éstas son colocadas por el propio productor o fabricante.

En el Derecho argentino, el único requisito exigido a las marcas es que otorguen derechos a sus propietarios es que presenten "capacidad distintiva". Vale decir que, si los consumidores argentinos no distinguen un signo marcario de otro, tal signo no podrá ser admitido como marca en nuestro derecho positivo(2). Así de importante es que los signos sean reconocidos por los consumidores, y así de importante es el valor que la legislación marcaría otorga a la percepción de estos. Es por ello que algunas marcas son válidas en algunos países y no en otros: los consumidores varían su percepción de los signos de manera diferente en los distintos países. Es también por ello que las marcas tienen una validez solamente nacional.

Por otro lado, sabemos que la decisión de compra se halla necesariamente influida por factores objetivos (como la disponibilidad del producto o el área geográfica) y subjetivos (como el precio o la utilidad del producto). Y, a su

vez, aparecen en el acto de compra elementos conscientes e inconscientes. De hecho, la propia etiqueta puede presentarse de manera consciente o inconsciente en el acto de compra. De tal modo, las EFA se verán influidas por una enorme cantidad de variables.

A todo ello debe sumarse la especial influencia que sobre los consumidores tiene la marca de los productos, cuyo prestigio está determinado por factores de todo tipo. Así, las marcas que hayan adquirido una connotación ecológica suelen contener certificaciones ecológicas. Por ejemplo, las latas de atún suelen tener la etiqueta ecológica "DOLPHIN SAFE"(3), pero podrían tener una EFA negativa, como "ALTO EN SAL". En tales casos, habrá que ver cómo será la interacción entre las etiquetas porque ese uso de la etiqueta "DOLPHIN SAFE" está instalada entre el público como un signo directamente vinculado con la protección de los delfines.

Es por ello que resultará muy importante que la autoridad legislativa o de aplicación (según corresponda) elija un modelo de EFA que se incorpore con facilidad y eficacia al sistema de signos de los consumidores argentinos. En pocas palabras, debe tratarse de un signo que sea reconocible fácilmente por los consumidores argentinos y que cumpla la función que se pretende de él.

Por otra parte, también debemos tener presente que, en materia de salud, se aplica en Argentina el principio precautorio contenido en el Art. 4° de la Ley General del Ambiente (Ley N° 25.675). Dicho principio establece que "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".

Esta exigencia implica que deben adoptarse medidas eficaces para la protección del ambiente por parte de la administración, la jurisdicción. Sin embargo, el principio precautorio es utilizado para la protección de la salud de manera asidua, y no sólo para la protección estricta del ambiente como algo abstracto. No debemos olvidar que, en la Constitución Argentina, el ambiente aparece directamente ligado a la salud de la población: nuestra constitución prevé el "derecho a un ambiente sano"(4).

La utilización del principio precautorio en materia sanitaria resulta esencial cuando se trata de regular procesos, productos y servicios relativos al consumo humano. Esto ocurre muy especialmente en temas relacionados con los alimentos, en los cuales nos enfrentamos con una zona gris entre lo conocido y la necesidad de prevenir riesgos graves respecto de los cuales los consumidores no cuentan con información o certeza científica suficiente. (Ramírez-Montoya, 2017).

Como estos riesgos resultan difíciles de conocer antes de consumir el producto, la aplicación del principio precautorio deviene necesariamente aplicable en caso de ser necesario, para lo cual el EFA es una política fundamental.

2. Las políticas de etiquetado de alimentos y la salud.

El EFA es una información que se presenta de manera gráfica en la cara principal o frente del envase de los productos con el objetivo de garantizar una información veraz, simple y clara al consumidor respecto del contenido nutricional de los alimentos y bebidas(5) con el fin de mejorar la toma de decisiones en relación con el consumo de alimentos. Así lo define en la Argentina el Ministerio de Salud de la Nación (MINSAL, 2020).

En el ámbito del MERCOSUR(6), desde el año 2018 los Estados miembros resolvieron armonizar la información obligatoria en esta materia, la información voluntaria, así como ciertas características en el uso del rotulado nutricional, y el uso de declaraciones de propiedades nutricionales. Por eso, los países deben regular esta materia, pero no pueden hacerlo de manera unilateral(7). El MERCOSUR basa su criterio de armonización en las recomendaciones de la OPS/OMS.

Debemos tener en cuenta que el EFA es una política compleja que debe ser integrada con un conjunto de otras políticas y medidas, ya que se ve altamente influido por factores sociales e individuales que pueden afectar su efectividad. Así, por ejemplo, un reciente informe publicado en la Revista Panamericana de Salud Pública indica que algunos factores individuales y contextuales podrían limitar la efectividad del etiquetado nutricional y deberían tomarse en cuenta al diseñar políticas públicas(8). Así, por ejemplo, el precio de los alimentos puede incidir más que el EFA en los estratos socioeconómicos más vulnerables. (Santos-Antonio, Bravo-Rebatta, Velarde-Delgado, & Aramburu, 2019).

Los hábitos alimentarios también se han identificado como un factor relacionado con la efectividad del etiquetado. Decidir qué y cuánto comer es para muchos consumidores un comportamiento basado en hábitos. Existe poca evidencia que respalde el papel del etiquetado para mejorar los hábitos alimentarios de las personas. La motivación de las personas para seguir una dieta sana puede disminuir en un ambiente alimentario abundante en alimentos ricos en energía y pobre en nutrientes. En este entorno, la información del etiquetado compite con otros factores y es difícil esperar que los consumidores actúen de acuerdo con objetivos de salud a largo plazo.

En la Argentina, nuestra Constitución en el artículo 41 detalla que "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado (...)" y el artículo 42 establece que "los consumidores (...) tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud".

También debemos analizar cómo influirá el EFA sobre los llamados "consumidores ambientales" o "consumidores políticos", que son aquellos consumidores especialmente interesados por la problemática ambiental o climática, y que habitualmente no se ven afectados por los mayores precios de los productos que contienen certificaciones ecológicas, biológicas u orgánicas. Dicha preferencia se mantiene aun cuando los productos etiquetados tengan un costo adicional derivado -precisamente- de ese etiquetado (Brécard, Hlaimi, Lucas, & Perraudau, 2009; D'Souza, Taghian, & Lamb, 2006).

Por otra parte, debemos tener en cuenta que, en materia de alimentos, el etiquetado frontal pretende que el público comprenda la existencia de un exceso de determinadas sustancias que son dañinas para la salud, habitualmente azúcares, calorías, grasas saturadas, o sodio, etc. Esto es tan solo un ejemplo que puede resultar extremadamente simple, pero es por demás ilustrativo de este tipo de etiquetado.

Por su parte, el Art. 4° de la Ley 24.240 establece la obligación del proveedor de 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(9). Y que, conforme el Art. 5° de la misma norma, los productos deben ser suministrados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores(10).

A su vez, en caso de daños producidos por errores o falsedades en las etiquetas, el titular de la marca responde en función de lo dispuesto por el art. 40 de la Ley 24.240, por el sólo hecho de ser titular de la marca, más allá de la responsabilidad que le asigne la normativa propia del etiquetado de alimentos(11). Esta norma de la Ley 24.240 es especialmente importante en materia de etiquetado ya que, a falta de otras herramientas comerciales, la marca suele ser el único indicio del sujeto a quién responsabilizar. Y, en muchas ocasiones, la necesidad de mantener el prestigio de la marca llevará a los productores a evitar la aparición de errores o imprecisiones en el EFA.

Recordemos además que, el concepto de "proveedor" en nuestra legislación se extiende a quien es "concesionario de la marca" (Art. 2° de la Ley 24.240) (12).

3. Algunos mecanismos de etiquetado frontal de alimentos.

El "etiquetado nutricional es obligatorio" en la Unión Europea desde 2016. En consecuencia, los países europeos deben indicar el contenido de energía, las grasas totales y saturadas, hidratos de carbono, azúcares, proteínas y sal, por cada 100 gramos de producto. Sin embargo, en la Unión Europea el "etiquetado frontal" es voluntario y el reglamento de información al consumidor que lo regula lo considera un complemento al etiquetado nutricional obligatorio. En este punto debemos aclarar que el EFA es un etiquetado básicamente voluntario a nivel global.

A nivel internacional, no hay acuerdo sobre el etiquetado obligatorio frontal de alimentos, o sobre los formatos o metodologías específicas que se utilizarán en los sistemas de etiquetado. Sin embargo, la Comisión del Codex Alimentarius (FAO, 2018) acordó recientemente desarrollar principios rectores para proporcionar información nutricional simplificada a los consumidores, permitiéndoles elegir opciones de alimentos más saludables a través del etiquetado nutricional en la parte frontal del paquete. (van der Bend & Lissner, 2019).

Entre los sistemas de etiquetado frontal de la Unión europea destacan el GDA, NutriScore, Keyhole, y Choices.

1) El sistema "GDA": Es un modelo de etiquetado informativo voluntario que utiliza iconos en forma de cilindro o barril para informar sobre cantidades absolutas y relativas (en forma de porcentaje) del valor diario de determinados nutrientes. Así, el GDA emplea los mismos elementos y lenguaje de la tabla nutricional y tiene como principal foco el contenido energético del alimento. Fue desarrollado originalmente, en 1998, en el Reino Unido, a través de una iniciativa del IGD en asociación con el Gobierno, organizaciones de consumidores y fabricantes de alimentos. (Morán, n.d.).

Después de algunos años, el GDA pasó a ser declarado en el panel principal de las etiquetas y fue difundido a otros países con algunas adaptaciones y otros nombres. Mientras tanto, en la región de América Latina, México lo implementó de manera obligatoria desde el 2015. Algunas iniciativas, incluso, intentaron combinar el GDA con sistemas de color o de ranking, como el del semáforo nutricional del Reino Unido y el HSR en Australia y Nueva Zelanda(13).

2) La Etiqueta "NutriScore", que es una horquilla de cinco posibles letras que califican al producto desde la A (óptimo) hasta la E (pésimo). Ofrece una lectura totalizadora respecto a la calidad global del alimento. Igual que en el modelo del Reino Unido, los criterios para lograr esta media dependen de diversos aspectos nutricionales contenidos en 100 gramos de cada producto. Estas etiquetas se usan principalmente en Francia, Alemania y España.

3) La Etiqueta "Keyhole", que es un signo con forma de "cerradura" de color verde. Es una etiqueta voluntaria que identifica solamente alimentos saludables. En comparación con otros alimentos del mismo tipo, los productos con Keyhole cumplen con uno o más de estos requisitos: más fibra, menos grasas saturadas, menos sal, menos azúcar. Se usan principalmente en Suecia, Noruega, Dinamarca e Islandia.

4) El Programa "Choices" (elecciones) identifica alimentos envasados saludables. Lleva un mensaje de salud positivo que ayuda a los consumidores a identificar la opción más saludable disponible. Los criterios incluyen valores mínimos para fibra y valores máximos para energía, grasas saturadas, grasas tras, sodio, azúcares totales y azúcares agregados. Sin embargo, este esquema es criticado porque no ayuda a los consumidores que buscan nutrientes específicos como sal o azúcares. Actualmente, este tipo de etiquetas también está presente en Holanda, Bélgica, Polonia, República Checa, Argentina.

4. El etiquetado frontal de alimentos en la Argentina.

Una reciente encuesta efectuada a los consumidores argentinos, (y que fue publicada en junio de 2020 por el Ministerio de Salud de la Nación), compara la eficacia del "etiquetado frontal de advertencia" (implementado en Chile), con dos variantes del etiquetado frontal de "cantidades diarias orientativas" (CDO o GDA). Todo ello con datos propios de nuestro país. Esto resulta por demás interesante a los efectos de la elección de una etiqueta frontal de

alimentos.

El etiquetado frontal de advertencia (EFA) considerado en las encuestas decía "ALTO EN AZÚCARES", "ALTO EN CALORÍAS", "ALTO EN GRASAS SATURADAS" o "ALTO EN SODIO". El etiquetado tipo "GDA-CC" hace referencia a las "guías de consumo diario" de la ingesta de un adulto de referencia. Valores típicos por 100 g: Energía 450 kcal. (en energía, grasas totales, grasas saturadas, azúcares, y sal). Este logotipo presenta colores rojo, amarillo y verde. "CC" significa: con colores. El etiquetado tipo "GDA-MR" hace referencia al porcentaje de valor diario recomendado (de calorías, azúcares, grasas saturadas y sodio) de acuerdo con las guías de consumo diario. "MR" significa: "monocromático de color rojo".

En la encuesta publicada por el Ministerio de Salud, el EF tipo advertencia ("ALTO EN...") demostró tener mayor eficacia que ambos tipos de etiquetado GDA vale decir aquellos que informan acerca de los valores de consumo diario. Las encuestas se realizaron entre 2018 y 2019 y, de acuerdo con lo que surge con el mencionado informe, los resultados arrojados en ambas fases del estudio, demuestran la superioridad del EF "de advertencia" por resultar ser más visible de manera espontánea, brindar una información más clara, y ser más eficiente para identificar los nutrientes críticos en exceso. Además, logró transmitir una mayor percepción de riesgo para la salud y demostró un mejor desempeño para disminuir la intención de consumo y de compra en relación a los alimentos seleccionados para el estudio (MINSAL, 2020). Además, el EF "de advertencias" logró transmitir una mayor percepción de riesgo para la salud, en relación al consumo de los alimentos seleccionados y demostró un mejor desempeño para disminuir la intención tanto de consumo como de compra, frente a los productos testeados. (MINSAL, 2020).

Finalmente, el informe concluye en la necesidad de implementar estas políticas junto con otras medidas tales como la regulación de la publicidad, promoción y patrocinio, la regulación de entornos, la formulación de políticas fiscales, la reformulación de productos por parte de la industria, entre otras. (MINSAL, 2020).

A todo lo cual debemos agregar que deberán imponerse estrictas condiciones legales y reglamentarias de diferenciación entre el sujeto certificador y el sujeto certificado para evitar que las certificaciones (etiquetas) pierdan su valor.

5. Conclusiones.

De lo dicho en este breve trabajo podemos concluir que:

1) Los consumidores actúan guiados por el etiquetado frontal de alimentos en virtud de su capacidad para guiarlos en el acto de elección de productos alimenticios. Dicha capacidad de mejorar la precisión de compra de los consumidores es propia de todas las etiquetas cuando éstas son colocadas por terceros ajenos al productor. Sin embargo, los sistemas de etiquetado suelen ser voluntarios (como ocurre actualmente con el sistema de etiquetado frontal de alimentos en la Unión Europea).

2) Encontramos fundamento de esta institución en los artículos 41 y 42 de la Constitución Nacional. Asimismo, consideramos que se funda en el principio precautorio, reconocido expresamente en el artículo 4° de la Ley N° 25.675, como uno de los principios rectores de la política ambiental nacional que se caracterizó porque rápidamente fue utilizado en ámbito del Derecho de la Salud.

3) Existe una responsabilidad directa frente a los consumidores por parte del titular de la marca del producto en virtud de lo dispuesto por los Arts. 2° y 40 de la Ley 24.240, sin perjuicio de las responsabilidades específicas que pudieran surgir de la normativa de etiquetado.

4) Queda por verse la interacción entre los distintos tipos de etiquetado que pueda contener un mismo producto, siendo especialmente preocupante (por ejemplo) la relación entre el etiquetado frontal de alimentos y el etiquetado ecológico.

5) En el año 2020, el Ministerio de la Salud de la Nación publicó una encuesta en que se compara diferentes tipos de etiquetado frontal de alimentos entre los consumidores argentinos. De la misma surge que el etiquetado "de advertencia" resulta más adecuado para el público local que el etiquetado conocido como "Guía Diaria de Orientación" (GDO o GDA).

6) Finalmente, creemos que deberán imponerse estrictas condiciones de diferenciación entre el sujeto certificador y el certificado para evitar conflictos de intereses, y que las certificaciones (etiquetas) pierdan su valor con el posible daño a la salud de la población.

6. Normativa.

-Constitución Nacional, Arts. 41 y 42.

-Ley 24.2420, Art. 4, 5, y 40.

-Ley 25.675, Art. 4.

7. Normativa Internacional.

-MERCOSUR. Acuerdo 3/2018 de Ministros sobre "Principios en el MERCOSUR para el etiquetado frontal de alimentos con contenido excesivo de grasas, sodio y azucares".

Notas al pie:

1) Claudio Iglesias Darriba, Abogado (Universidad de Buenos Aires) y Doctor en Sociología (Universidad John F. Kennedy). Diploma Superior y Candidato a Magister en Derecho y Economía del Cambio Climático (FLACSO Argentina). Posgrado en Propiedad Industrial (Universidad de Buenos Aires). Docente de Derecho Ambiental y de la Diplomatura en Litigio de Conflictos Sociales y Ambientales de la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ).

2) Ley 22.362. Art. 1°. - Pueden registrarse como marcas para distinguir productos y servicios: una o más palabras con o sin contenido conceptual; los dibujos; los emblemas; los monogramas; los grabados; los estampados; (...) y todo otro signo con tal capacidad.

3) La etiqueta "Dolphin Safe / Dolphin Friendly" tiene por finalidad proteger a los delfines, y evitar que sean capturados, lesionados o muertos durante la pesca de atunes, teniendo en cuenta que los delfines y los atunes se encuentran habitualmente juntos. Esta etiqueta también se encuentra presente en la Argentina.

4) Es por ello que de manera reiterada nuestra jurisprudencia ha utilizado este principio para proteger la salud de la población en aquellos casos en que no existía prueba científica fehaciente del posible daño. Un caso típico es el posible daño provocado por las ondas emanadas por las antenas de telefonía celular, las fumigaciones dentro de un cierto radio de las zonas pobladas, las sustancias cancerígenas, etc. En estos casos lo que se pretende no es preservar el ambiente como un bien abstracto sino lo que él representa para la salud de los habitantes.

5) Bebidas no alcohólicas.

6) MERCOSUR, Comisión de Alimentos del Subgrupo de Trabajo N° 3 (SGT3).

7) MERCOSUR. Acuerdo 3/2018 de Ministros sobre "Principios en el MERCOSUR para el etiquetado frontal de alimentos con contenido excesivo de grasas, sodio y azucares".

8) En Perú, diversos estudios realizados sobre los consumidores demostraron que el precio de los alimentos influyó en la elección más que el etiquetado nutricional. Esto es importante porque está bien documentado que las dietas saludables son más costosas que las no saludables, por lo cual la alimentación no saludable es más frecuente en personas con un nivel socioeconómico más bajo. Las políticas de precios de los alimentos, como impuestos, control de precios o subsidios a los productos alimenticios, podrían aumentar el consumo de alimentos saludables. (Santos-Antonio et al., 2019).

9) Ley N° 24.240. Art. 4°.

10) Ley N° 24.240. Art. 5°.

11) Ley N° 24.240. Art. 40. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, (...) y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio(...).

12) Ley N° 24.240. Art. 2°. PROVEEDOR. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de (...) concesión de marca, de bienes y

servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

13) En Gran Bretaña el modelo que se utiliza es híbrido: semáforo nutricional conteniendo íconos con el contenido absoluto y, además, porcentaje del valor diario que indica el nivel de nutrientes en el alimento.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 14 DE AGOSTO DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.41, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Ley 24.240 Art.2, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.5, Ley 24.240 Art.40, Ley 24.240, LEY 25.675 Art.4, LEY 25.675

REF. BIBLIOGRAFICAS

-Brécard, D., Hlaimi, B., Lucas, S., & Perraudeau, Y. (2009). Determinants of demand for green products: An application to eco-label demand for fish in Europe. *Ecological*.

-D'Souza, C., Taghian, M., & Lamb, P. (2006). Green products and corporate strategy: an empirical investigation. *Society and Business*.

-FAO. (2018). FAO - News Article: Codex Alimentarius Commission: 02-06 July 2018. Retrieved August 4, 2020, from <http://www.fao.org/news/story/en/item/1143286/icode/>.

-MINSAL, M. de S. de la N. (2020). Etiquetado Nutricional Frontal. Informe de Resultados.

-Morán, J. (n.d.). MODELOS DE ETIQUETADO FRONTAL A NIVEL GLOBAL. EXPERIENCIAS REGULATORIAS INTERNACIONALES.

-Ramírez-Montoya, R. (2017). El principio precautorio como elemento de protección sanitaria - El Mundo del Abogado. *El Mundo Del Abogado*. Retrieved from <https://elmundodelabogado.com/revista/posiciones/item/el-principio-precautorio-como-elemento-de-proteccion-sanitaria>.

-Santos-Antonio, G., Bravo-Rebatta, F., Velarde-Delgado, P., & Aramburu, A. (2019). Efectos del etiquetado nutricional frontal de alimentos y bebidas: sinopsis de revisiones sistemáticas. *Rev Panam Salud Publica.*, 43(e62). Retrieved from <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6692502/>.

-Van der Bend, D. L. M., & Lissner, L. (2019). No Title Differences and Similarities between Front-of-Pack Nutrition Labels in Europe: A Comparison of Functional and Visual Aspects. *Nutrients*, 11(626). Retrieved from file:///C:/Users/Claudio/AppData/Local/Temp/nutrients-11-00626.pdf.

El triunfo de los derechos del consumidor argentino: reconocimiento de legitimación a una asociación de consumidores en una acción colectiva de consumidores hipervulnerables

CRUZ MATTERI, JUAN IGNACIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 27 DE AGOSTO DE 2020

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-TURISTA-ACCIONES DE CLASE-LEGITIMACION ACTIVA-INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL-AGENCIA DE TURISMO

TEXTO

Comentario al fallo "ASOCIACION COORDINADORA DE USUARIOS, CONSUMIDORES Y CONTRIBUYENTES (ACUCC) c/ DESPEGAR.COM.AR S.A. s/AMPARO" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala E 26/08/2020.

Proemio.

El comentario al fallo que aquí se presenta tiene, personalmente, un valor especial. Por un lado, creo que es un hito para el derecho consumeril lo que ha resuelto la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sin lugar a dudas una gran conquista para el consumidor y para las asociaciones de consumidores en lo que respecta a las acciones colectivas. Por el otro es un fallo en el cual he sido parte, ya que con la Dra. Gisela Riccardi de ACUCC fuimos las plumas que redactamos el memorial que fue presentando ante la Excelentísima Cámara.

I. Hechos.

La actora, ACUCC, apeló la resolución dictada el 2 de junio de 2020, mediante la cual la magistrada de grado rechazó in limine la acción colectiva deducida sosteniendo que de los términos de la pretensión formulada no surgía que el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación pretende asumir pueda verse comprometido si la cuestión no es llevada ante un tribunal de justicia por parte de la actora en el marco de una acción colectiva. Asimismo, señaló que no se verifica que el hecho que describió la actora (falta de devolución en tiempo y forma del importe abonado correspondiente a los paquetes turísticos, viajes y/u hoteles cancelados) no justifique el ejercicio individual de una acción, lo cual es uno de los requisitos propios de admisibilidad de toda acción colectiva; añadiendo que los consumidores cuentan con incentivos suficientes para deducir demandas sin que sea necesario que una asociación asuma la representación de su interés como forma de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Dicho planteo fue rechazado y apelado por la actora por considerarlo incompleto e inexacto; fundando su postura en las consideraciones que pasaremos a exponer en este comentario.

I. Legitimación de la acción.

Que los requisitos que ha ido fijando la Corte Suprema de Justicia de la Nación para la admisión de las acciones colectivas ha tenido variantes a lo largo de su derrotero jurisprudencial.

Que en el precedente "Halabi... "Consid XIII, se dijo 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. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares

características de los sectores afectados"(2).

Que es necesario mencionar que el art. 43, CN no contiene el requisito de la "representatividad". El art. 43 de la CN comienza diciendo "Toda persona pueda interponer..." y ello implica una vocación amplia que parece desautorizar toda pretensión de convertir a la llamada "representatividad" - propia del sistema de las class actions- en un filtro exhaustivo para limitar las acciones colectivas en una elite de presentantes, máxime si se traduce en oportunidades de incidentes dilatorios. Si bien es cierto que los derechos no son absolutos y que pueden reglamentarse y que debe sopesarse el interés del Debido Proceso de cara a los individuos que son representados por la parte actora sin un mandato, no es menos cierto que este tipo de filtro de "representatividad" aparece, al menos prima facie, desautorizado con la vocación amplia del art. 43 de la CN, el cual es el molde inquebrantable donde pueden tener lugar nuestras Acciones de Clase.

Que en "Halabi", la Corte se ocupa de enfatizar dos caminos alternativos para tener por cumplidos los requisitos de admisibilidad. El camino "exigente" que regiría, por defecto, para todas las Acciones de Clase y que puede considerarse el más restrictivo de la doctrina "Halabi". Y, a su lado, el camino alternativo, la doctrina de ese fallo tiene una suerte de salvoconducto por el cual podrían igual pasar o prosperar Acciones de Clase que no cumplirían los requisitos comunes para todo tipo de Acciones, si se tratara de casos que merecieran un especial interés estatal en darles curso para asegurar la protección de los derechos que se hallan en juego.

Que con respecto a los requisitos estándar, "Halabi" exige la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación que el ejercicio individual no aparezca plenamente justificada. Bajo este planteo la actora entendió que la acción esgrimida ante el juzgado de primera instancia completaba todos estos extremos. Causa fáctica común: consumidores afectados por incumplimiento contractual en contratos de turismo por Despegar. La pretensión procesal es la devolución de los importes erogados por los consumidores; sin perjuicio que la demandada pueda plantear opciones complementarias a los consumidores. Por último el ejercicio individual no estaría justificado ya que un acceso individual por cada uno de los afectados sería altamente oneroso para cada uno de ellos. Es de notar un ingrediente especial del caso planteado: los consumidores se encuentran, y se encontraban al momento del planteo de la acción, en una situación financiera delicada; muchas familias han visto menguados sus ingresos por la pandemia, otras asignan recursos, limitados, para los gastos más urgentes es por ello que debemos preguntarnos (Por qué el consumidor, en este estado tan delicado, debe enarbolar una demanda particular, la cual en muchos casos sería sumamente costosa, para hacerse de los fondos que podría recuperar (o al menos discutir su recuperación) en un breve futuro?. (Era necesario que el consumidor entre en un estado de sobreendeudamiento por que no se da la oportunidad de discutir en sede judicial su situación?. Creo que no y vemos como el magistrado de prima instancia yerra en su criterio, el cual terminó pecando de arbitrario y de sesgado; queriendo dejar sin lugar la posibilidad de discusión de los derechos de los consumidores por una mera interpretación restrictiva de derechos.

II. Inviabilidad de la acción individual.

La jueza de primera instancia en su resolutorio afirma "Es que, en el particular caso de autos, no se verifica que el hecho descripto (falta de devolución en tiempo y forma del importe abonado correspondiente a paquetes turísticos, viajes y/u hoteles, cancelados) no justifique el ejercicio individual de una acción, lo cual, como fuera antes referido, es uno de los requisitos propios de admisibilidad de toda acción colectiva. Nótese, en esa línea, que en virtud de los valores involucrados y de los distintos daños que podrían haberse generado a partir del accionar de Despegar S.A., los consumidores incluidos en el hecho descripto cuentan con incentivos suficientes para deducir demandas, sin que resulte necesario que una asociación asuma la representación de su interés como forma de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva" (...) "no se advierte que la promoción

de acciones individuales resulte inviable o de muy difícil concreción".

El argumento vertido por S.S fue ad absurdum a las hipótesis planteadas. Partió de una valoración subjetiva errónea, además de no encontrarse fundada en derecho, la cual la llevó a la magistrada a un resultado falaz.

Recordemos que La Corte Suprema había dispuesto una feria extraordinaria por razones de salud pública -atento lo dispuesto en el Decreto de Necesidad Urgencia N° 297/2020- hasta el 31 de marzo de 2020, aclarando que, eventualmente, se extendería por igual plazo al que el Poder Ejecutivo Nacional pudiera establecer como prórroga -en los términos de lo previsto en el artículo 10 del citado decreto. En dicha inteligencia el consumidor turista se encontraba, vedado al acceso a la justicia de forma individual.

La CSJN en autos "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo" del 18/08/2016, considerandos 10, 2° pfo. y 12, las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial, en la medida en que demuestren: 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 que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo.

Se afirmó en primera instancia que "los consumidores incluidos en el hecho descripto cuentan con incentivos suficientes para deducir demandas". En el caso de marras los consumidores todos, son afectados por el incumplimiento de DESPEGAR, en la no devolución de los importes pagados o la retención de importes que el consumidor en su momento abonó. El universo consumeril aquí representado obedece a una realidad patrimonial versátil es verdadero, pero encontramos que los afectados tienen elementos comunes y homogéneos, y conforme a lo fundado en renglones anteriores, que permite proyectar los resultados de la acción colectiva hacia todos quienes se encuentren alcanzados: ser todos consumidores damnificados por despegar y ser todos consumidores turistas. Frente a esa universalidad encontramos consumidores con reservas de alquiler de un rodado por un día, reserva de una habitación en Santa Rosa de Calamuchita Pcia. de Cba. por una noche, vuelos internos en el país, etc. Con esto se quiere graficar que su demanda, si no fuera por la vía de la acción colectiva, se vería frustrada, ya que el costo económico del proceso sería altamente oneroso para ellos; por ende el reclamo individual peligraría y no sería viable. El amparo presentado buscó superar el costo económico operativo del derecho, algo que muchas veces los profesionales del derecho que litigamos, lo vemos en la práctica: al particular lo asiste el derecho, su causa es justa, pero el ejercicio del mismo supera con creces el objeto de la acción judicial, por ende se desiste de la acción por ser antieconómica. Si la Cámara se hubiese ceñido a una interpretación restrictiva del precedente "Halabi" hubiera dejado desguarecidos una gran universalidad de consumidores. Por suerte esto no ocurrió y la Sala E le dió una oportunidad de lucha al consumidor.

Que sin perjuicio de lo afirmado anteriormente, la acción también integraba otro segmento de consumidores donde su reclamo patrimonial era más elevado que el de los anteriores. Ahora bien el obligarlos a ir a una vía de reclamo individual sería ponerlos en una situación hartó más que apremiante de la que estaban en su momento, veamos:

I) para hacer uso de la acción individual debían esperar al levantamiento de la feria y del aislamiento social preventivo y obligatorio.

II) el consumidor se encuentra sobreendeudado, sin actividad económica, racionalizando gastos; se infiere que es desmedido pedirle al consumidor que se sacrifique, en pos de una interpretación restrictiva de sus derechos, para luego encausar un proceso altamente costoso y dilatado en el tiempo. No encontramos lógica en por qué los consumidores, y recalco y hago hincapie en los consumidores hipervulnerables, deban transitar una marcha ardua y llena de peligros económicos y financieros, cual marcha de los Diez Mil de Jenofonte.

Por último se debe resaltar la crisis económica que está viviendo el sector del turismo(3). En el caso de autos nos encontramos frente a una coyuntura patrimonial de la demandada que reviste extrema gravedad y su insolvencia es una posibilidad con alto grado de probabilidad de materializarse antes que se torne ejecutable la sentencia que vaya a ser dictada, haciendo peligrar notablemente el crédito de los consumidores. Es de público y notorio conocimiento la crisis que se encuentra atravesando el sector turístico tanto en la Argentina como a nivel mundial. En ese orden de ideas, resulta ilustrativo la opinión vertida por el presidente de la Cámara Argentina de Turismo en el marco de una entrevista de fecha 22/03/2020 que se acompaña en calidad de prueba documental: "Si todo el mundo devuelve las reservas y exige el dinero, las empresas quebrarán. En este contexto no tenemos ingresos, tenemos la prohibición de cumplir con nuestro trabajo por el cual cobramos. Si además tenemos que devolver la plata de la precompra, no tenemos margen. Si una persona me pagó noches de alojamiento en mi hotel para febrero, esa plata ya la usé. No la tengo más. Lo que tengo es una actividad que no tiene caja, que está aislada y no puede trabajar"

(<http://www.laprensa.com.ar/486860-Todo-el-turismo-puede-ir-a-la-quebra.note.aspx>). En la misma línea, en una nota publicada por el portal "Infonegocios" un operador del sector turístico manifestó: "Mantener una agencia de viajes abierta hoy es una "profesión de fe". Todo el trabajo (que no es poco) pasa por reprogramar (a tientes, con lo que se pueda conseguir) vuelos y reservas hoteleras que se cayeron. La situación es apocalíptica" (<https://infonegocios.info/nota-principal/en-las-agencias-de-turismo-ven-un-panorama-apocaliptico-cerraron-15-y-se-vienen-despidos-masivos>). El diario Clarín en fecha 13/04/2020, informó que desde la Federación Argentina de Asociaciones de Empresas de Viajes y Turismo (Faevyt) se reclamó al gobierno que se suspendan las cancelaciones de viajes por 180 días, y que se propicie su reprogramación o que directamente inhabilite las cancelaciones por razones de fuerza mayor y que solo se permita reprogramar o dar una nota de crédito al pasajero. Asimismo, según la fuente citada, a fin de obtener ingresos alternativos, Faevyt solicitó que se permita a las empresas de viajes habilitadas a desarrollar una o más actividades conexas a las propias, como venta de seguros generales, librería, redes de pago, gastronomía, venta de ropa y elementos de viaje, etc. (https://www.clarin.com/sociedad/coronavirus-argentina-agencias-viajes-piden-medidas-urgentes-ministerio-turismo-superar-crisis_0_N-aAu8wGv.html).

Asimismo, es fundamental resaltar que la actividad turística internacional se encontrará paralizada hasta por lo menos el mes de septiembre, producto de la prohibición de vuelos comerciales dispuesta por la Administración Nacional de Aviación Civil mediante la Resolución ANAC N° 144/2020, mientras que la actividad hotelera y el transporte nacional permanecerán proscriptos mientras que el Poder Ejecutivo Nacional continúe dictando sucesivas prórrogas del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio. En otro orden de ideas, los distintos organismos públicos en el marco de sus competencias han dictado una batería de medidas que ponen de manifiesto la extrema crisis que se encuentra atravesando el sector turístico, a modo ilustrativo, podemos mencionar que, por ejemplo, el Ministerio de Turismo y Deportes a través de la Resolución N° 195/2020, dispuso "Autorízase la suspensión de actividades y el cierre temporario hasta el día 31 de diciembre de 2020, de las Agencias de Viaje que presenten inconvenientes para dar cumplimiento a los requisitos exigidos en los incisos a), c) y d) del artículo 9° del Decreto N° 2.182 de fecha 19 de abril de 1972".

Entonces nos encontramos ante una crisis del sector turístico de tal envergadura que la posibilidad de que la accionada termine cayendo presa de un proceso concursal o falencial es extremadamente alta, lo que implicaría la imposibilidad definitiva para el consumidor de recuperar el dinero invertido. Máxime, teniendo en cuenta que los consumidores en el marco de un hipotético proceso de tales características revistarían como meros acreedores quirografarios. Hagamos el siguiente ejercicio mental. En el hipotético caso que DESPEGAR, y espero que la providencia así no lo quiera, sea presa de un proceso concursal. (Creen que el consumidor, un ciudadano en su mayoría totalmente ajeno a la práctica de un proceso concursal, se presentará a verificar créditos?. A mi entender la respuesta es negativa; y resultaría utópico pensar que la totalidad de los damnificados se presentarían ante la justicia a fin de verificar el crédito pero si se entiende que si, (Cuál será

el costo a afrontar a los profesionales de derecho para que asistan a cada uno de los consumidores? (Cuánto será el porcentaje de recupero del crédito en los más de los optimistas de los escenarios?. Cualquier escenario demuestra lo siguiente: era inviable exigirle al consumidor la presentación individual y es en gran certeza que, de seguir postergando su reclamo, se comprometería en el éxito de su eventual cobro.

Sin perjuicio de ello el tribunal de alzada entiende que "el incumplimiento del último requisito establecido por la CSJN en fallo "Halabi" no puede ser utilizado en el caso para rechazar in limine el amparo promovido pues, en principio, la actora se encontraría, legitimada para promover esta demanda". Máxime, que el grupo afectado representa grupos tradicionalmente postergados o, en su caso, débilmente protegidos(4).

III. Trascendencia social que excede el interés de las partes. Afectación de un grupo tradicionalmente postergado o débilmente protegido.

El juez a quo afirmó "ni que la naturaleza del derecho involucrado revista una trascendencia social que exceda el interés de las partes o que se vea afectado un grupo tradicionalmente postergado o débilmente protegido". Vemos en esta afirmación una errónea comprensión por parte de la magistrada, de quién es el grupo afectado. Se entiende que la acción también reúne los requisitos más "soft" del consid. 13 de "Halabi". El mismo establece que, aún en el caso de que los requisitos señalados no estén plenamente cumplidos, la acción (colectiva) resultará de todos modos admisible en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afecten a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, explica la Corte, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, dice la Corte, sin dar mucha precisión con esto, los arts. 41, 42 y 43, párr. 2°, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea.

Que el grupo afectado, que en este caso es el consumidor turista. Que mentado grupo es, por definición, un grupo débilmente protegido, un consumidor hipervulnerable. Se debe tener principalmente en cuenta que el turista es un consumidor revestido de una especial vulnerabilidad jurídica y fáctica respecto del resto de los consumidores. La vulnerabilidad es jurídica, porque el turista se mueve en un mercado que está en constante desarrollo, que cuenta con escasa legislación, y que además no logra actualizarse a tiempo. Esto lo deja desprotegido, y vuelve sus eventuales reclamos muy engorrosos, disminuyendo las posibilidades de éxito(5). Por otro lado, la vulnerabilidad es fáctica ya que, en los hechos, el turista se encuentra en una posición desventajosa respecto de aquellos con quienes contrata. Esa diferencia de posiciones que existe entre ambos contratantes es social y cultural: el turista no es consumidor hipervulnerable per se, sino que lo es por la situación en la que se encuentra al momento de consumir. Ahora bien, el consumidor turista, frente al resto de los consumidores en general se encuentra en una particular situación de agravada vulnerabilidad, por los puntos que se exponen:

a) El consumidor turista contrata servicios que serán prestados fuera de su domicilio, poniéndolo en situación de desarraigo o deslocalización.

Los viajes de turismo implican traslados: sean éstos de cortas o largas distancias, nacionales o internacionales, llevarán necesariamente a que el consumidor turista no se encuentre en el lugar en el que se ejecutará el contrato. Como punto de partida, esto lo coloca en una situación de especial vulnerabilidad. No sólo debe lidiar con proveedores, mucho más fuertes en la relación contractual, sino que además debe hacerlo en un lugar que no conoce o no tiene incorporadas las prácticas, y -en muchos casos- en un idioma que no conoce o, por lo menos, no maneja a la perfección(6).

b) Carencia de información. Es normal que el consumidor turista carezca de conocimiento específico y detallado acerca de los bienes o servicios que está adquiriendo o contratando.

Que el juzgador de grado dejó de lado en su aplicación la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior, la cual define y caracteriza a los consumidores hipervulnerables. Esto es tomado por la Cámara la cual recalca "Coadyuva a todo lo señalado, la reciente resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo que estableció mecanismos específicos para los consumidores hipervulnerables, por las consecuencias que ha provocado en las relaciones de consumo la emergencia sanitaria declarada como consecuencia del COVID-19. En dicha resolución se dispuso que a los fines previstos por el art. 1 de la ley 24.240 se considerarán consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Agregando en el art. 2 de la citada norma que "podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, la condición de "migrante o turista"(7).

La mentada resolución establece que "se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. " El mismo se complementa con su art 2 el cual delimita que "a los efectos de la presente medida podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones (...) inc e) la condición de persona migrante o turista.(...)". Sin perjuicio de que el turista reúna otra de las condiciones de las del art 2: el consumidor turista en este caso pueden ser personas mayores, infantes, personas con discapacidad, ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero); ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite; la pertenencia a comunidades de pueblos originarios; ruralidad, etc.(8). Con esto queda claro que veramente la clase afectada necesitaba el amparo de la justicia, que la discusión de sus derechos se debía dar en el ámbito judicial actual y no en un futuro altamente incierto, altamente lejano y poco justo al consumidor turista.

En materia de acciones colectivas la Corte dictó otra sentencia más que trascendente que fue "Padec c. Swiss Medical"(9). En este fallo, se reconoció la legitimación procesal de las asociaciones de usuarios y consumidores para iniciar acciones colectivas, en particular, se reconoce que estas asociaciones u organizaciones puedan accionar judicialmente para cuestionar el hecho o el acto que ocasionaría una lesión a una pluralidad de individuos(10). Que también en "Padec" la Corte, ratificando el sistema de los dos criterios sostenidos en "Halabi", vuelve a señalar 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. Sin perjuicio de lo cual, aclara la Corte, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados(11). Al respecto de este "interés estatal" o institucional o público en su protección tiene su interés de ser en nuestra Constitución Nacional y en el rol protectorio del estado a ciertos sujetos que necesitan una protección especial: el consumidor turista hipervulnerable. Es de destacar que el consumidor por haber abonado un pasaje de avión por sumas elevadas no le quitan la vulnerabilidad frente a una empresa. El ser hipervulnerable no hace un distinguo entre peculios personales.

Que en el consid. 9º de "Asociación Civil para la Defensa de Derechos"(12), donde la Corte advierte que "aun cuando pudiera sostener que el interés individual justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad". En este caso claramente y sin lugar a dudas la

C.S.J está haciendo de una forma categórica a los consumidores hipervulnerables, dentro de ellos el consumidor turista.

Por lo expuesto encontramos la afirmación y evaluación del caso que hace la magistrada de grado en "(...) ni que la naturaleza del derecho involucrado revista una trascendencia social que exceda el interés de las partes o que se vea afectado un grupo tradicionalmente postergado o débilmente protegido" fue totalmente alejada a la clase aquí afectada: un consumidor postergado y débilmente protegido, un consumidor hipervulnerable.

Colofón.

Tenemos ante nosotros el primer fallo en la Argentina sobre la viabilidad del planteo de una acción colectiva que representa a un consumidor hipervulnerable: el consumidor turista. Entiendo que todavía queda mucho por transitar, y más en el marco de este proceso judicial puntual, pero de seguro este fallo ha pasado a ser parte al noble y destacable repertorio jurisprudencial nacional que admite la legitimación de las acciones colectivas por parte de las asociaciones de consumidores. Este magnífico acabado de jurisprudencia es fruto y resultado de la importancia del derecho consumeril en nuestra sociedad y en nuestra comunidad jurídica. Gracias al decisorio de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el consumidor hipervulnerable presentará su primera batalla judicial en el marco de una acción colectiva. Alea Iacta Est.

Notas al pie:

1) Juan Ignacio Cruz Matteri, Abogado. Especialista en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Secretario Académico del Colegio de Abogados Zarate Campana. Profesor en Derecho Civil y Derecho de los Contratos en la Universidad de Buenos Aires. Profesor en Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Premio Mejor Joven Profesional de la Pcia de Bs As otorgado por Colproba (2017). Titular del Estudio Jurídico Cruz Matteri y Asociados.

2) CS, "Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.873, dec. 1563/2004", del 24/02/2009, fallos 332:111, del consid. 13.

3) <http://www.laprensa.com.ar/486860-Todo-el-turismo-puede-ir-a-la-quebra.note.aspx>. La cita sería interminable si se nombraran todas las notas periodísticas que hablan del tema crisis económica del sector turístico.

4) N.A Para un mayor estudio sobre el concepto de consumidor hipervulnerable véase Ghidini, Gustavo, *Per i consumatorí*, Bolonia, Edit Zanichelli, 1977. Bihl, Luc "La protection du consommateur particulièrement fragile", JCP (Semaine Juridique, ed. Entreprise), n° 2, 1985. Alterini, Atilio Anibal. *Contratos. Civiles. Comerciales. De consumo. Teoría General. Segunda Edición Actualizada*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 2012. Frustagli, Sandra A., "La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho Argentino", *Revista de Derecho del Consumidor*, tercera época, Número 1 - noviembre 2016, 30-11-2.016, IJ-CCLI-396. Vázquez Ferreyra, Roberto A en "UNA NUEVA CATEGORÍA DE CONSUMIDORES EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD AGRAVADA" Publicado en LA LEY 16/06/2020 , 1. Cita Online: AR/DOC/2029/2020. Barocelli, Sergio S. Director "La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumo argentino", Secretaría de Investigación, Facultad de Derecho, UBA, 2020.

5) Barocelli, Sergio Sebastian. *Consumidores Hipervulnerables*. Editorial El Derecho. Buenos Aires 2018 p 187 y ss.

6) Barocelli, Sergio Sebastian. *Consumidores Hipervulnerables*. Editorial El Derecho. Buenos Aires 2018 p 187 y ss.

7) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala E 26/08/2020 ASOCIACION COORDINADORA DE USUARIOS, CONSUMIDORES Y CONTRIBUYENTES (ACCUC) c/ DESPEGAR.COM.AR S.A. s/AMPARO.

8) N.A: Véase Cruz Matteri, Juan Ignacio en Estudio exegético de la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación: *Consumidores Hipervulnerables*. Publicado por SAIJ. Cita online DACF200157 y en IJ EDITORES. Cita IJ-CMXXI-969.

9) CS, 21/08/2013, in re "PADEC c. Swiss Medical s/ nulidad de cláusulas contractuales".

10) Cazaux, Diego H en "ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS PROCESOS COLECTIVOS EN LA ARGENTINA" Publicado en: SJA 22/05/2019 , 3 o JA 2019-II.

11) Halabi, Ernesto - Díaz Cisneros, Adriano P en "Diez años del fallo "Halabi". Diez años de acciones de clase". Publicado en SJA 12/06/2019, 12/06/2019, 3 - Cita Online: AR/DOC/1263/2019.

12) "Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo", CS, CSJ 000721/2007(43A)/ CS. 20.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 27 DE AGOSTO DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020, Constitución de la Nación Argentina Art.41 al 43, Ley 24.240, DECRETO NACIONAL 2.182/1972
Ref. Jurisprudenciales: "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", CSJN, 24/02/2009, "PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales", CSJN, 21/08/2013, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y Otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo colectivo", CSJN, 18/08/2016, "Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes (ACCUC) c/ Despegar.com.ar S.A. s/ amparo", CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, Sala E, 26/08/2020

El Derecho privado sin sujetos racionales, el acto voluntario sin discernimiento y el contrato sin autonomía de la voluntad

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 9 DE SETIEMBRE DE 2020

TEMA

RELACION DE CONSUMO-LIBERTAD DE CONTRATACION-DISCERNIMIENTO-AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD-CONTRATOS DE ADHESION-NEUROCIENCIA

TEXTO

I. Presentación.

La obligatoriedad contractual es otro de los pilares de la responsabilidad clásica (art. 959 del CCyC.) Por otra parte, y más allá del desarrollo que vamos a proponer en los párrafos siguientes, sabemos que no es posible pensar un Derecho privado sin que los contratos sean obligatorios.

Aída Kemelmajer de Carlucci sostiene, acertadamente según nuestra opinión: La libertad contractual tiene verdadera importancia si el ordenamiento jurídico considera vinculantes a los contratos libremente concluidos por las partes. En efecto, de nada valdría esa libertad si el contrato finalmente no obligase a las partes(2).

La reflexión es impecable, pero ella no inhibe el desarrollo de algunas ideas que rodean a esa lógica binaria del contrato como emblema jurídico de la autonomía de la voluntad y de la exigibilidad legal.

II. El contrato como triángulo equilátero.

La obligatoriedad del contrato es el broche dorado de la teoría contractual clásica organizada con la forma geométrica de un triángulo. Veamos. Un primer lado asegura el predominio de la autonomía de la voluntad, otro la libertad contractual y, un tercer lado, garantiza la obligatoriedad de la palabra empeñada en el acuerdo.

La condición equilátera de este triángulo hace imposible determinar si es más importante el lado que define la libertad del acuerdo o el que asegura su obligatoriedad coercitiva. Sin embargo, lo que sí es notable a simple vista es que la equidad no participa de esta metáfora de la geometría.

A modo de conclusión apresurada sostenemos que la teoría general del contrato se organizó a partir de tres ficciones: la del sujeto autónomo, la del sujeto libre y la del sujeto responsable.

Nótese que decimos que son ficciones jurídicas y no mentiras conceptuales porque tienen una finalidad y un objetivo que es funcional al sistema normativo, a pesar de que lentamente todas esas nociones fueron cambiando.

Hoy, como enseguida veremos, se sabe que el sujeto es menos libre, que su voluntad es menos autónoma y que las bases sobre las que se asiente la noción de responsabilidad legal requieren un nuevo ajuste para que se adapten mejor a la realidad que nos tocó vivir a nosotros. Esa realidad, por cierto, no tiene mucho que ver con la que les tocó en suerte a Vélez Sarsfield o a Borda, por nombrar a dos de los próceres más importantes de nuestra historia jurídica.

III. Del derecho privado clásico a la ciencia jurídica envejecida.

En la actualidad, gracias a las investigaciones en el campo de las neurociencias y de la psicología conductiva, se sabe que la autonomía de la voluntad es mucho menos autónoma de lo que se suponía. Casi todo lo que hacemos durante el día está impulsado, o al menos fuertemente influido, por fuerzas inconscientes que no podemos controlar y que dependen, en algunos casos, de nuestros recuerdos y en otros de nuestra fantasía del porvenir.

Una y otra vez se han demostrado las hondas influencias de nuestro pasado, presente y futuro sobre nuestra conducta, nuestras decisiones, nuestros gustos y nuestras aversiones. Unas influencias de las que no nos damos cuenta... Las metas y las necesidades temporales median en lo que nos gusta y nos disgusta, guían nuestra atención, determinan qué recordaremos y afectan a lo que compramos y en qué cantidad lo compramos(3), dice, John Bargh para explicar que, contrariamente a lo que creemos, el inconsciente es el motor más poderoso de nuestras decisiones.

Es posible que la confusión se deba a que las teorías jurídicas del Derecho Privado clásico no fueron organizadas en función del sujeto, sino que su finalidad fue asegurar el tráfico de riqueza, sin examinar con demasiado detalle la equidad del negocio.

No obstante, aún hoy se mantiene una cierta obstinación doctrinaria en asegurar que la libertad de contratación es una conquista del individuo antes que un triunfo de la economía de mercado.

Por nuestra parte, asumiendo el riesgo de permanecer solitarios, no podemos apartarnos de los notables avances que la psicología cognitiva le aporta al Derecho para evitar que siga envejeciendo cuando todas las ciencias se rejuvenecen por efecto de la asombrosa tecnología.

Los nuevos aportes científicos son imprescindibles para entender cómo funciona realmente la estructura del pensamiento humano. Ninguno de esos estudios permite concluir qué acto voluntario sea una construcción que involucre, tan estrechamente como lo hace el Derecho, al discernimiento o la libertad del sujeto.

En realidad, las conclusiones científicas son opuestas a esta creencia que reposa sobre la supremacía de la autonomía de la voluntad: solo un reducido número de los actos que realizamos cotidianamente pasan por el filtro racional del discernimiento.

Nuestro gran amigo Waldo Sobrino examina estas cuestiones y llega, antes que nosotros, a conclusiones similares: Como consecuencia de lo expuesto, al determinar la psicología y la economía que el consentimiento no es lógico ni racional, entonces desde la ciencia del derecho debemos reconocer que no existe el consentimiento con las características legales de un acto analizado, pensado y meditado(4).

Es igualmente justo reconocer que otros autores más jóvenes y de gran prestigio académico, también nos han anticipado en estas ideas relativamente recientes para nosotros: Las investigaciones de los dos autores citados demuestran que las personas toman decisiones a través de dos sistemas. El primero es veloz, intuitivo y emocional, mientras que el segundo es lento, reflexivo y lógico. Explican que la mayoría de las decisiones diarias de las personas se toman en base al primer sistema, que funciona sobre la base de "atajos heurísticos" o procesos mentales de carácter intuitivo que llevan, con frecuencia, a cometer errores sistemáticos que se apartan de lo que se suele identificar como racionalidad(5).

El art. 260 del CCyC, compuesto por el discernimiento la intención y la libertad es una construcción jurídica desvinculada del sujeto real. La evidencia científica muestra que son muy pocos los actos cotidianos que realizamos con pleno discernimiento. Ello abre un abanico de interrogantes. Veamos. (Cuándo actuamos con pleno discernimiento?; (existen factores determinantes de la intención de un sujeto?; (pueden existir cuestiones inconscientes que modifiquen la capacidad de discernimiento de las personas?.

Los estudios más recientes están indicando algo a lo que debemos prestar especial atención para reelaborar toda la noción de responsabilidad jurídica: pocas cosas son más frágiles y sencillas que manipular el discernimiento y las intenciones que un sujeto tiene al momento de tomar decisiones.

Alejandro Chamatropulos, ya citado, explica que la toma de decisiones no se relaciona de manera directa con la información racional y objetiva que recibimos. Por el contrario, nos recuerda el autor, la estructura del

pensamiento humano tiene una doble fuente de alimentación. Una primera forma de conocimiento es de tipo intuitivo (la llamaremos Sistema 1 para respetar el nombre que utiliza uno de sus creadores, el Dr. Daniel Kahneman) y otro racional (Sistema 2) (6).

La mayoría de los actos que realizamos a diario están impulsados por el sistema 1 que no es racional, lo que viene a significar que el discernimiento y la intención no son reglas generales sino excepcionales. La mayoría de las veces actuamos por intuición y no por discernimiento, "sin sensación de control voluntario", como diría el notable científico Daniel Kahneman (7).

Para colmo, la intuición es una sensación tan fuerte que nos hace creer que aquello que meramente intuimos es tan verdadero como el conocimiento que adquirimos utilizando métodos y protocolos racionales. La intuición, genera una ilusión de conocimiento; es decir: un discernimiento ilusorio: La pregunta que más a menudo se hace sobre las ilusiones cognitivas es ...si pueden ser vencidas. El mensaje no es alentador. Como el Sistema 1 opera automáticamente, y no puede ser desconectado a voluntad, los errores del pensamiento intuitivo son muchas veces difíciles de prevenir. Los sesgos no siempre pueden evitarse porque el Sistema 2 puede no tener un indicio del error (8). Es decir: nuestra intuición es tan fuerte que, la mayoría de las veces, prescinde de los controles y los métodos más confiables de la razón.

Dan Ariely (1968, Profesor de psicología y economía conductual en Mit y Duke University.) explica que, además, somos 'previsiblemente irracionales' porque actuamos bajo ciertos patrones irracionales que se repiten. Esa constante repetición de intuiciones irracionales nos hace más dóciles a la hora de ser manipulados: Mi siguiente observación es la de que no sólo somos irracionales, sino previsiblemente irracionales; es decir, que nuestra irracionalidad se produce siempre del mismo modo una y otra vez. Ya actuemos como consumidores, como empresarios o como responsables de decisiones políticas, comprender el modo en que somos previsiblemente irracionales proporciona un punto de partida para mejorar nuestra capacidad de decisión, cambiando para mejor nuestra forma de vida, dice Ariely para explicar lo atterradoramente sencillo que resulta manipular a la condición humana (9).

Seguramente todas estas cuestiones, rigurosamente científicas, influyeron en el pensamiento de nuestro amigo Waldo Sobrino quien afirma, sin atajos ni eufemismos, que: ... Es por todo lo antes expuesto que podemos afirmar que no existen los cuatro pilares del contrato de consumo, dado que: no hay consentimiento ...no existe la autonomía de la voluntad... casi no hay fuerza obligatoria.... No existe el efecto relativo de los contratos (10).

Tiene razón Waldo: del contrato clásico no quedó nada. Sin embargo, la envejecida ciencia jurídica continúa insistiendo con sus antiguos principios, evitando que los nuevos conocimientos le pongan un poco de luz a nuestro anciano Derecho Privado.

IV. La obligatoriedad relativa de los contratos: el art. 1118 del CCyC.

Dejemos, al menos por un momento, los experimentos realizados en las universidades norteamericanas y volvamos a nuestro Código Civil y Comercial. Naturalmente, nosotros también pensamos que la palabra empeñada es valiosa. Sin embargo, solamente debe ser exigible cuando los contenidos del acuerdo sean justos. No hay ninguna regla moral que aconseje la obligatoriedad de la palabra prometida en un acuerdo injusto. La ética se descubre en el contenido de lo acordado y no en la promesa de cumplirlo.

En las relaciones de consumo que, dicho sea de paso, constituyen la abrumadora mayoría de las relaciones jurídicas que suceden a diario, el principio de libertad contractual y de no intervención se invierte por aplicación del art. 1118 del CCyC. Esta importantísima norma dispone la facultad de los magistrados para declarar abusivas aquellas cláusulas que, aún dentro del contrato de adhesión o de consumo, sean negociadas libremente.

Para Sobrino, el art. 1118 del CCyC tiene tal trascendencia que determina una suerte de obligatoriedad relativa de los contratos, toda vez que limita la

obligatoriedad de aquellas estipulaciones que, aún dentro de un contrato de consumo, hayan sido libremente pactadas: Se puede decir que se trataría de una obligatoriedad claudicante o una obligatoriedad relativa o -incluso - una obligatoriedad con carácter suspensivo dado que, en caso de conflicto, deberá tener la aprobación expresa del juez, para que pueda hacerse efectiva y coactiva contra el consumidor, dice Sobrino(11).

Compartimos la opinión de Sobrino, sin perjuicio de adelantar que para nosotros el art. 1118 del CCyC es una norma complementaria, referida a los contratos de consumo que actúa en forma congruente con el art. 960 del CCyC. Recordemos que esta última norma también faculta a los magistrados a intervenir los contratos que contengan estipulaciones contrarias al orden público.

Debe tenerse en cuenta que reglas que rigen para los contratos paritarios no se aplican a los contratos de consumo ni tampoco a los de adhesión. Ello, sin embargo, no quiere decir que esos contratos no sean obligatorios, pero sí implica que no serán regulados por ninguna de las reglas típicas de la contratación paritaria.

Los contratos de adhesión y tampoco los de consumo no están subordinados al principio de libertad contractual, ni al efecto relativo de los contratos, ni a la no intervención judicial de las cláusulas contractuales, ni a la mitológica regla de 'pacta sunt servanda'.

La obligatoriedad de estos contratos está más supeditada a los postulados legales que a la voluntad de los contratantes. En definitiva, y en coincidencia con lo señalado por Sobrino, por más que los llamemos contratos ellos no participan de ninguna de las características del contrato clásico.

Sin embargo, nos es que se haya relativizado la regla de la obligatoriedad, sino que cada vez hay menos contratos paritarios a los cuales esa regla aplica. Lo venimos señalando una y otra vez: el contrato paritario es casi inexistente en nuestros días.

Hace más de veinte años, Atilio Alterini advertía que las nuevas formas de contratación impusieron una 'modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones'(12). Se provocó, entonces, una divisoria entre los contratos celebrados entre partes de similar poderío negocial y aquellos concretados entre partes con irreconciliables desigualdades.

V. Un Derecho menos privado y más preventivo.

Estas nuevas fórmulas contractuales forzaron la elaboración de un Derecho Privado más preventivo y también más intervenido por el Estado. Así, por primera vez en ciento cincuenta años la equidad le gana terreno la seguridad jurídica.

Desde cualquier ángulo que se mire, las relaciones jurídicas más protegidas determinan que el derecho privado sea menos seguro para el negociante fuerte, pero más equitativo para el contratante débil. Creemos, sin embargo, que es preciso empezar a ver a la equidad como una regla restauradora de la libertad antes que un obstáculo a la seguridad jurídica. Seguramente a eso se refiere Federico De Lorenzo cuando habla del actual predominio del trato equivalente y equitativo sobre la libertad contractual(13).

Como dijimos un poco más arriba, el problema es que muchos doctrinarios aún no terminan de asumir o entender que las formas contractuales 'no paritarias' (protegidas) son abrumadoramente mayoritarias. Es muy probable que la generalidad de las personas pase la vida entera sin firmar un solo contrato paritario a pesar de concretar decenas de relaciones de consumo por día.

La autonomía de la voluntad ocupa un lugar residual en el actual ordenamiento jurídico porque prácticamente no existen contratos que no sean de consumo o de adhesión.

VI. El e-commerce fractura la teoría contractual clásica y el Código Civil y

Comercial fractura la realidad.

Si fuera posible registrar todos los contratos celebrados en un lugar determinado durante un plazo de tiempo determinado, se podría contabilizar cuántos de esos acuerdos fueron negociados y cuántos fueron contratos de consumo o de adhesión. Para nosotros, desde luego, realizar una medición de esas características es imposible.

Por ese motivo, para superar esta dificultad examinamos lo que ocurre en el ámbito de la comercialización online. Es importante aclarar que proponemos este cotejo entre el universo virtual y la contratación tradicional porque estimamos que las situaciones que se registran en el comercio digital se repiten fuera del ámbito del e-commerce. Es más: no es difícil pronosticar que dentro de poco tiempo la totalidad de la comercialización se va a concretar en forma remota y por medios electrónicos.

La Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE)(14) realiza muestreos anuales donde se aportan datos de suma importancia(15). Veamos algunas estadísticas.

(a) Se detecta un marcado incremento de las operaciones de consumo online. La proyección para el futuro consolida esa tendencia. En otro estudio de la misma fuente, pero del año 2016, se estima que el 90% de los argentinos adultos conectados a internet realiza consumos online. Este número significa que aproximadamente 18 millones de argentinos ya compró por internet y muy probablemente repita esa experiencia;

(b) La facturación registrada durante el año 2014 alcanzó los \$ 40.100 millones En el año 2015 fue de \$ 68.486 millones, (incremento del 60%). En el año 2017 esa cifra aumentó a \$ 156.300 millones. En el año 2018, \$ 229.760 millones (incremento del 47% y en el año 2019, \$403.278 (incremento del 76%). En el año 2019, se agregaron aproximadamente un millón de nuevos compradores online(16);

(c) De la facturación total correspondiente al año 2014, un poco más del 90% corresponde a operaciones concretadas en el segmento conocido como B2C (Business to Consumer, en su idioma original) que involucra a un proveedor profesional con un usuario o consumidor. Dicho de otro modo: el 90 % de los contratos online son contratos de consumo. A ello debe agregarse que esa proporción se mantiene como un dato consolidado en el tiempo porque se repite con mínimas variables desde hace más de cinco años. Por ejemplo, en la muestra estadística correspondiente al año 2019, la proporción fue del 93% B2C contra el 7% C2C(17);

(d) En el año 2017 hubo 60 millones de órdenes de compra; en 2018, 79 millones y en 2019, 89 millones(18);

(e) En el año 2015 cada usuario gastó, en promedio, \$ 1795. En el año 2016 esa cifra aumentó a \$ 2185 y en 2017 el gasto promedio fue de \$ 2600, lo que representa un incremento interanual cercano al 20%. En el año 2018, el promedio fue de \$ 2900 y en el 2019 de \$ 4500(19).

Datos aún más recientes consolidan esta tendencia:

(a) En el primer semestre del año 2018 se registraron casi 35 millones de operaciones (un 59% más que en 2017). Ello implica un gasto de casi \$ 100 mil millones en ese semestre (66% más que el año anterior)(20);

(b) Se sostiene el dato de mediciones anteriores: nueve de cada diez personas ya compró, alguna vez, algo online(21);

(c) Entre 2014 y 2017 la facturación de compras online aumentó un 300%(22);

(d) Otro dato de gran trascendencia indica que el 98% de los encuestados manifestó estar satisfecho o muy satisfecho con la compra realizada online, lo que equivale a decir que seguramente va a repetir la experiencia;

(e) Resulta sorprendente comprobar que el auge del consumo online se mantiene aún en el medio de una profunda crisis económica donde todos los indicadores de la economía son negativos(23). Los últimos datos registrados señalan que Argentina, a pesar de la difícil situación económica que atraviesa, lidera el ranking de consumo electrónico entre los países latinoamericanos, alcanzando un gasto per cápita de U\$ 318(24);

(f) Los números globales causan asombro y nos dan la pauta de lo mucho que tenemos que avanzar. Un tercio de la población mundial está conectada a internet a través de los distintos dispositivos que permiten acceder a la Red. Veamos el ranking de los países: 1) China: U\$ 636 mm; 2) EEUU: U\$ 505 mm; 3)

Reino Unido: 86 mm. Y en América Latina: 1) Brasil: U\$ 19 mm; 2) México: U\$ 17 mm; 3) Chile: U\$ 6 mm; 4) Argentina: U\$ 4 mm.

Esta revista rápida nos sirve para ofrecer algunas primeras conclusiones:

(i) Los contratos que involucran relaciones de consumo no están regidos por las reglas aplicables a los negocios paritarios;

(ii) La comercialización de bienes y servicios marcha inexorablemente hacia la contratación online. Dentro de poco tiempo las formas tradicionales de consumir que hoy conocemos, van a desaparecer.

(iii) Es muy importante señalar que la contratación remota tiene otra característica esencial: en todos los casos involucra una operación de crédito porque los pagos siempre se realizan a través de medios electrónicos (en cualquiera de sus formas). Ello hace que esas operaciones siempre van a estar reguladas por el art. 36 de la LDC, que incluye novedosos institutos como la competencia jurisdiccional alternativa a favor del usuario, entre otros.

(iv) En los últimos 5 años el comercio electrónico en Argentina ha crecido aproximadamente un 300%, situación que se repite en toda Latinoamérica(25). En nuestro país ningún otro segmento de la economía tuvo un crecimiento sostenido del 50% anual durante una década completa. Es sorprendente comprobar que, aun en épocas de profunda recesión y alta inflación, el e-commerce continúa creciendo(26).

Esta realidad, que está a la vista de todos, anticipa que la contratación tradicional llegó a su fin. Ya en el año 2015 (entrada en vigencia del CCyC) todos los informes estadísticos daban cuenta que la contratación paritaria era irrelevante en términos cuantitativos(27). Es por eso que no se entienden los motivos por los cuales el Código Civil y Comercial comienza el tratamiento de los contratos a partir del contrato paritario.

Pese a todas estas evidencias, autores de la talla de Lorenzetti insisten en señalar que El Título II regula los contratos..., dando primacía a la libertad, respetando la autonomía privada, ayudándola mediante el derecho supletorio y recortándola a través del orden público imperativo.... En materia de cláusulas, el Título II, en resguardo de la libertad y la autonomía protege lo pactado por las partes...(28). Desconocemos los motivos por los cuales la doctrina no explica claramente que la aludida autonomía de la voluntad se aplica a menos del 10% de los negocios jurídicos que se concretan.

La autonomía de la voluntad, como principio organizador del acto jurídico, está definitivamente superado. Cada vez hay más evidencias que señalan que somos más irracionales de lo que imaginamos y que la mayor parte de las decisiones que tomamos son elaboraciones con escasa incidencia racional.

VII. Las aporías del Derecho.

(a) Presentación.

Una paradoja describe la existencia de ideas o conceptos que contienen contradicciones aparentes. Se trata de afirmaciones que examinadas en forma aislada resultan aceptables, pero al ser confrontadas entre sí parecen negarse recíprocamente.

La mayoría de los grandes temas filosóficos implican paradojas más o menos insolubles. La libertad y el determinismo quizás sean los conceptos que han suscitado más contradicciones y polémicas en la historia del pensamiento universal.

Una de las cuestiones que dificulta la solución de una contradicción aparente es que una vez enfrentados a ella no asumimos una posición neutral, sino que casi automáticamente tomamos partido por una de las dos soluciones. Sin embargo, la mayoría de las incongruencias son parciales y no generan incompatibilidad recíproca.

Para determinar si la contradicción es aparente, real, absoluta o parcial, hay una fórmula casera que puede ser útil. Se trata de pensar, con la mayor sinceridad y el menor prejuicio personal posible, si las nociones que chocan pueden subsistir simultáneamente o si la sola existencia de una anula a la otra.

A modo de ejemplo, tomemos el caso de la gratuidad y la carestía de un producto. Estos conceptos forman términos contradictorios porque es obvio que una cosa gratuita no puede ser ni cara ni barata porque cualquier precio que se le incluya al producto gratuito anula su gratuidad. Entonces, los términos gratuidad y carestía son absolutamente incompatibles y no pueden subsistir simultáneamente.

En cambio, si analizamos las nociones de pobreza y carestía veremos que ellos son términos de relativa incompatibilidad o de aparente contradicción. Veamos. Si bien es cierto que generalmente las personas de escasos ingresos no pueden comprar productos costosos es posible que un individuo con poca plata adquiera un producto caro y continúe siendo pobre. Puede, por ejemplo, conseguir un crédito bancario, o un préstamo familiar, o una promoción especial, o una recompensa en su trabajo, etc.

La pobreza y la carestía son, entonces, nociones parcialmente incompatibles porque ambas puedan convivir simultáneamente sin anularse.

(b) Pacta sunt servanda vs. Equidad.

La paradoja que vamos a intentar resolver en los próximos párrafos tiene que ver con los enfrentamientos entre la exigibilidad de los contratos y la equidad en las relaciones jurídicas.

Nos anticipamos a decir que sostenemos que ambos conceptos son imprescindibles para el funcionamiento del sistema legal: es tan razonable afirmar que los acuerdos deben ser exigibles, como afirmar que deben ser equitativos.

La contradicción que puede darse entre la exigibilidad y la equidad no es absoluta porque ambas nociones pueden existir. De hecho, la mayoría de los contratos que existen además de ser obligatorios, son justos, más allá de que impliquen distintas compensaciones en favor de cada una de las partes.

La obligatoriedad y la equidad no son términos antitéticos. Sin embargo, la tensión entre ellos requiere ser armonizada para lograr que los acuerdos exigibles sean también acuerdos equitativos.

Federico De Lorenzo, cuyas reflexiones anotamos por separado y aconsejamos su lectura, analiza estas dicotomías y postula que la libertad contractual no es una regla absoluta, sino que concurre con los otros principios del derecho. El autor concluye que en algunos casos prevalecerá el derecho a contratar libremente y en otros esa libertad va a retroceder para que se logren acuerdos más equitativos(29).

En conclusión: cuando la autonomía de la voluntad se subordina a la equidad decrecen los contratos que imponen obligaciones injustas.

(c) Pacta sunt servanda vs. Alterum non laedere.

En este caso vamos a examinar el posible conflicto entre la obligatoriedad del contrato y prohibición de dañar injustamente a otros. Estos términos también son solo parcialmente incompatibles, porque, aun aceptando que puedan colisionar algunas veces, no se excluyen recíprocamente. No obstante, tampoco es tan infrecuente que el cumplimiento obligatorio de los contratos choque con la regla que prohíbe dañar injustamente a otro.

Esta posible antinomia entre el cumplimiento del contrato y el daño que su cumplimiento puede ocasionar, fuerza la formulación de algunos interrogantes. Veamos. (Qué soluciones jurídicas se aplican cuando el daño se origina en el cumplimiento de un contrato obligatorio y libremente celebrado? (La libertad contractual puede pasar por encima de la regla que prohíbe ocasionar daños injustos? (Qué debe prevalecer: la obligación de cumplir un contrato o la prohibición de causar daños exigiendo su cumplimiento?.

La autonomía de la voluntad siempre aparece vinculada a la capacidad que tienen los individuos para obligarse, como si la voluntad del sujeto y la obligatoriedad del contrato fueran piezas inseparables. Es lo que Lorenzetti llama facultad de auto-obligarse, en donde la libertad de un individuo queda

reducida a la facultad que tiene de obligarse o de no hacerlo.

En ese orden de ideas, el citado autor postula que: La libertad significa que ambas partes pueden elegir entre contratar o no hacerlo y, una vez que lo deciden, pueden disponer el contenido de la obligación según sus intereses. Esta decisión de auto-obligarse requiere una declaración de voluntad, y por esa razón también se estudia este tema como principio de la autonomía de la voluntad.

Las partes declaran su voluntad de auto-obligarse en forma bilateral, porque de lo contrario no estaríamos en el campo de un contrato, sino de la declaración unilateral de la voluntad o de un testamento. Una vez que existe un acuerdo por una manifestación de voluntad bilateral, ésta es obligatoria, ya que, así como hay libertad para obligarse, hay un deber de respetar la palabra empeñada (autorresponsabilidad) (30). Como se advierte, la reflexión de Lorenzetti contiene una posible solución (que nosotros no compartimos y criticamos) a los interrogantes que hemos formulado: se sostiene que si el contrato fue libremente elaborado y respetando algunas formalidades extrínsecas no es posible hablar de daño. En definitiva, se quiere significar que esa libertad contractual, un poco minimalista, blanquea las impurezas más o menos notorias de un contrato inequitativo.

Así considerada, la autonomía de la voluntad se reduce a un juego de dos opciones: contratar o no contratar; lo que equivale a decir que si finalmente se celebra el contrato es porque se decidió libremente no ejercer la libertad de no celebrarlo.

Nosotros pensamos que la libertad, presentada en términos negativos, sirve para legitimar la obligación de quien contrató cuando podía no haber contratado, pero de ninguna manera puede ser considerada como una libertad plena que asegure la autonomía de la voluntad de todas las partes de un acuerdo.

Ese esquema, de aparente libertad, empeora cuando la posibilidad de no contratar está referida a bienes y servicios que, sin ser imprescindibles, son de uso casi obligado en la sociedad moderna (internet, televisión por cable, telefonía móvil, etc.).

Esta concepción, llevada a la arena de la teoría contractual clásica determina que todos los contratos son exigibles porque se prestó un consentimiento que pudo ser evitado. Esta libertad minimalista, fue históricamente útil y funcional para legitimar la exigibilidad de los contratos injustos.

La libertad presentada como concepto negativo que se afirma con la posibilidad de no hacer lo que finalmente se hizo, puede caer en alguna de las dos tentaciones más peligrosas del mundo de las ideas: el cinismo o la ingenuidad.

(d) Libertad vs. Equidad.

En el esquema que hemos presentado, no resulta fácil determinar si el acto jurídico es obligatorio porque fue dado voluntariamente o si se lo declaró voluntario para hacerlo exigible. Debe notarse que ni en la definición de acto voluntario (art. 260 del CCyC), ni en la de obligatoriedad contractual (art. 959 del CCyC) aparece la noción de Equidad, como si ella no fuera necesaria para que un contrato sea exigible.

Como hemos visto, es posible la existencia de acuerdos injustos y exigibles. Esa indeseable cercanía entre el contrato obligatorio y el contrato injusto favorece la frecuente aparición de una de las contradicciones más dolorosas del Derecho: la aporía del injusto obligatorio que bien podría formularse así:

- (a) Si todos los contratos son obligatorios;
- (b) y algunos contratos son injustos;
- (c) algunos contratos injustos son obligatorios.

Lamentablemente, este silogismo improvisado e imperfecto no es una hipótesis de laboratorio, sino que abundan los contratos que siendo injustos son obligatorios. Y para poner a prueba su virtualidad, alcanza con analizar las

tasas de interés que las tarjetas de crédito aplican en las operaciones de consumo que cualquiera de nosotros realiza diariamente. Por más que esas usuras puedan ser reajustadas en la instancia judicial, ese contrato contiene condiciones desproporcionadas que son, en principio, obligatorias y que solo dejarán de serlo luego de transitar los avatares de la tramitación judicial y del criterio particular de cada juez. Sin embargo, esa desproporción es tolerada por el sistema legal porque fue aceptada libremente por quien suscribió los términos de un contrato formalmente válido.

No nos vamos a cansamos de afirmar que la Autonomía de la Voluntad (AV) es una regla contrafáctica que se formula como un enunciado libertario, pero se articula mediante renunciaciones a derechos: cada vez que una estipulación es de muy dudosa equidad aparece la autonomía de la voluntad para convalidarla. La AV fue, desde siempre, la llave maestra para saltar la equidad y privilegiar la obligatoriedad de los contratos. En la histórica disputa entre la seguridad jurídica y la equidad el sistema legal siempre optó por dejar atrás a la equidad.

La seguridad jurídica y la equidad están vinculadas de tal forma con la libertad y a la igualdad que debe asegurarse que convivan con armonía. El ordenamiento legal requiere que existan y convivan armónicamente cuatro nociones estructurales:

- a) la libertad de los individuos;
- b) la equidad de las relaciones jurídicas;
- c) la igualdad;
- d) la seguridad jurídica sin la cual el sistema económico de intercambio se derrumba.

La convivencia necesaria de estas nociones obliga a que sean consideradas en términos relativos y no absolutos. El predominio muy marcado de una sobre otra produce un desequilibrio del sistema(31).

Si uno de los contratantes no tiene otra chance que no sea aceptar o rechazar las condiciones contractuales impuestas, significa que la exagerada libertad del otro contratante lo somete a una desigualdad que debe ser intervenida.

El Estado, en definitiva, debe garantizar que la libertad contractual sea compatible con la igualdad de los contratantes.

VIII. El cumplimiento dañoso de los contratos.

Las reflexiones anotadas muestran la existencia de tres principios esenciales del Derecho Privado:

- (i) la obligatoriedad de la palabra empeñada.
- (ii) la obligación genérica de no dañar a otros.
- (iii) la moderada intervención del Estado para evitar que la libertad concentrada en unos pocos conspire contra la igualdad que prescribe el art. 16 de la CN.

La combinación de estos principios permite formular un enunciado de dos premisas y una conclusión:

- (a) El sistema legal prohíbe dañar a los otros (*alterum non laedere*);
- (b) El sistema legal dispone que los contratos son obligatorios (*pacta sunt servanda*);
- (c) El incumplimiento de los contratos ocasiona daños que deben ser resarcidos.

Las tres últimas premisas nos hacen pensar en la posibilidad de una cuarta formulación. Veamos: (qué ocurre cuando el daño ocurre al cumplirse la palabra empeñada?).

Cuando el contrato injusto es obligatorio su cumplimiento es la causa eficiente del daño. Nos encontramos, entonces, frente a una incongruencia sistémica entre la obligatoriedad del contrato y la obligación de no dañar a otro. El cumplimiento de un contrato injusto es tan dañino para quien lo cumple, como el incumplimiento de uno justo lo es para quien sufre la falta de su contraparte.

Es cierto, sin embargo, que sería imposible lograr una razonable convivencia colectiva si se omite cumplir las leyes y los contratos privados, pero, como señala Dworkin, el cumplimiento de todas las leyes no asegura ni la justicia de una forma de organización social ni la dicha del individuo: Ningún gobierno que acostumbre actuar contra lo que dictan sus propias normas...puede ser justo, por más que sus instituciones sean sabias o justas en otros sentidos. Pero el cumplimiento de las normas no es suficiente para garantizar la justicia: cuando las normas son injustas, un cumplimiento absoluto puede llevar a grandes injusticias. Sucede lo opuesto con la concepción concentrada en los derechos (32).

Conclusión: la mayor seguridad jurídica no siempre garantiza la equidad en las relaciones jurídicas.

IX. El desafío de las neurociencias: reformular un Derecho sin sujeto racional y un acto voluntario sin discernimiento.

El enorme desafío que afronta el Derecho en los próximos años consiste en encontrar un equilibrio entre el sujeto real, que mayormente actúa en forma irracional, y el sujeto ideal y completamente racional que describe el art. 260 del CCyC. No queremos caer en exageraciones, pero no es exagerado afirmar que esta norma describe un sujeto que sencillamente no existe.

En uno de sus últimos ensayos, Sobrino se pregunta, retóricamente y anticipando la respuesta: (Existe el contrato de consumo?(33).

Nosotros, profundizando esa idea, nos animamos a preguntar si existe el acto jurídico integrado por el discernimiento, la intención y la libertad aludidos en el art. 260 del CCyC.

Es conveniente, pensamos, reformular los alcances de esta norma porque ya sabemos que nuestro discernimiento, nuestra intención y, nuestra libertad, son rasgos escasos y fácilmente manipulables. Los nuevos conocimientos desafían las bases de la teoría general del acto jurídico, del contrato y de la responsabilidad. Esos tres ejes giran en torno a un acto voluntario sin el cual sus cimientos crujen.

Creemos que llegó el momento de pensar en un derecho basado en actos cuasi voluntarios, en los cuales el discernimiento, la intención y la libertad tienen una intensidad menor de la que hasta ahora se pensó o se nos quiso hacer pensar.

Los estudios neurocientíficos van en esa dirección y debemos seguir esa vanguardia aprovechando los múltiples aspectos que vinculan al derecho con la psicología de la conducta. Como bien dice Facundo Manes: La relación a establecerse entre estas dos disciplinas es tan multifacética como interesante. Supone que el derecho se sirva de los resultados de los innovadores descubrimientos de las neurociencias cognitivas, mejorando así la calidad de las normas e instituciones. Por su parte, las neurociencias aprenden del derecho los límites que las reglas jurídicas imponen a sus trabajos, restricciones que no solamente legales, sino también morales, reguladas por medio de lo que ya se conoce como neuroética(34).

En resumen, pensamos que hay un ida y vuelta entre el derecho, la psicología, la economía y la ética que debe ser abarcado en forma integral a partir del conocimiento del sujeto real.

Notas al pie:

- 1) Fernando E. Shina, Doctor en Ciencias Jurídica, Pontificia Universidad Católica Argentina.
- 2) Kemelmajer de Carlucci, Aída, Las disposiciones generales: coincidencias y diferencias, Buenos Aires, La Ley, RCyS 2019, Edición especial 23, Citar online: AR/DOC/240/2019.
- 3) Bargh, John, (Por qué hacemos lo que hacemos?, Sonia Tapia (Trad.), Barcelona, B, 2018, p. 348 y 349.
- 4) Sobrino, Waldo, (Existe el Contrato de consumo?, Buenos Aires, Diario La Ley, 6 de marzo de 2019.
- 5) Chamatropulos, Demetrio Alejandro, (Qué hacer ante las decisiones "no

racionales" de los consumidores?, La Ley 19/10/2017, 19/10/2017, 3, Cita Online: AR/DOC/2783/2017.

6) Durante décadas los psicólogos han mostrado gran interés por dos modos de pensamiento. El sistema 1 opera de manera rápida automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario. El sistema 2 centra la atención en las actividades mentales esforzadas que lo demandan, incluidos los cálculos complejos. Las operaciones del sistema 2 están a menudo asociadas a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido., p. 35).

7) Kahneman, Daniel, Pensar rápido, pensar despacio, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Debate, 2018, p. 35.

8) La pregunta que más a menudo se hace sobre las ilusiones cognitivas es la de si pueden ser vencidas. El mensaje no es alentador. Como el Sistema 1 opera automáticamente, y no puede ser desconectado a voluntad, los errores del pensamiento intuitivo son muchas veces difíciles de prevenir. Los sesgos no siempre pueden evitarse porque el Sistema 2 puede no tener un indicio del error. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido., p. 44-45).

9) Ariely, Dan, Las trampas del deseo, Francisco J. Ramos (trad.), Barcelona, 2009, p.9.

10) Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial... p.130.

11) Sobrino, Waldo, Contratos, neurociencias e inteligencia artificial... p.122.

12) Pienso que, si bien el Derecho nuevo asume "la modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones" sobre la que alertó Baudouin, debe atender como corresponde a los distinguos entre los megacontratos, los negocios entre quienes se hallan en situación de igualdad jurídica, y los contratos entre quienes son desiguales. En esta última categoría corresponde un régimen coherente de normas imperativas, por medio de "precauciones legislativas" tendientes a "la restauración de la libertad contractual del lado donde era amenazada", según expresión de Remy. Pero, entre iguales, lo convenido debe ser obligatorio en la medida en que resulte de un contrato discrecional, de gré à gré, como lo designa el art. 1379 del Cód. Civil quebequés de 1991. El único límite está dado por la concertación sobre objetos prohibidos o inidóneos, con finalidad ilícita o inmoral, en suma, la que transgrede normas de orden público, y acaso normas solamente imperativas como las que conciernen al vicio de lesión. (Alterini, Atilio, Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno, Buenos Aires, La Ley, 1-01-2009, Citar online: AR/DOC/11425/2001).

13) De este modo, mientras que en las relaciones contractuales paritarias es preeminente la garantía constitucional de la libertad contractual e, in primis, de no contratar o de hacerlo seleccionando al cocontratante según sus propias preferencias, en las relaciones de trabajo (arts. 17 y 17 bis LCT), de consumo, o de servicio público (art. 7, ley 24.240, art. 42 CN), en cambio -en las cuales se comienza a delinear un derecho contractual antidiscriminatorio- la preponderancia de los principios se invierte y tiende a prevalecer -aun con diferentes matices e intensidad- el deber a un trato equivalente, paritario y equitativo sobre la libertad contractual. El ejemplo sirve para poner de manifiesto que la (compleja) relación entre libertad contractual, igualdad y no discriminación no puede resolverse, sino a través de soluciones diferenciadas que se articulan según las características de la relación. (De Lorenzo, Miguel Federico, Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, Buenos Aires, La Ley, 2011-E, 1258).

14) Para más información ver: <https://www.cace.org.ar/>.

15) El lector debe tener presente los siguientes detalles del muestreo: a) Se trata de un estudio de campo realizado en diciembre del año 2015 que describe el estado del consumo electrónico durante el año 2014. b) Las encuestas fueron realizadas sobre empresas dedicadas a la comercialización online de productos y servicios. c) El tamaño de la muestra comprende 102 empresas, y se han entrevistado 529 sujetos mayores de 18 años. La muestra indica que 8 de cada 10 usuarios de internet realizó por lo menos una compra online.

16) El número exacto es 828.000 nuevos compradores, Informe Cace, marzo 2019, <https://www.cace.org.ar/>.

17) Informe Cace, marzo 2019, <https://www.cace.org.ar/>.

18) Informe Cace, marzo 2019, <https://www.cace.org.ar/>.

19) Informe Cace, marzo 2019, <https://www.cace.org.ar/>.

20) A contramano de la crisis económica, Clarín, 30-08-2018,

https://www.clarin.com/sociedad/comercio-electronico-crecio-60-ano_0_B1TbywSDX.html, fecha de captura: 23/11/2018.

21)A contramano de la crisis económica, Clarín , 30-08-2018, https://www.clarin.com/sociedad/comercio-electronico-crecio-60-ano_0_B1TbywSDX.html, fecha de captura: 23/11/2018.

22)A contramano de la crisis económica, Clarín , 30-08-2018, https://www.clarin.com/sociedad/comercio-electronico-crecio-60-ano_0_B1TbywSDX.html, fecha de captura: 23/11/2018.

23)Por las caídas en casi todos los principales sectores, como la industria, la construcción, el transporte y el comercio, por sexto mes consecutivo, en septiembre la actividad económica descendió 5,8% con relación a un año atrás, según el Estimador mensual de Actividad Económica (EMAE) que elabora el INDEC. Se trata de la segunda mayor caída interanual en lo que va de 2018, luego del -6,8% de junio, por la sequía que perjudicó al campo. En septiembre la disparada del dólar y el encarecimiento del crédito golpearon a los sectores tanto productores de bienes como de provisión de servicios. (La actividad cayó 5,8% en septiembre y la economía ya está en recesión, Clarín, 23-11-2018, https://www.clarin.com/economia/economia/actividad-cayo-setiembre-economia-recesion_0_xjUosZEfx.html, fecha de captura: 24-11-2018.

24)Argentina Lidera el consumo en comercio electrónico de Latinoamérica, Diario Perfil, 7-12-2018, <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/argentina-numero-uno-america-latina-consumo-comercio-electronico.phtml>, fecha de captura: 28-01-2019.

25)De acuerdo con cifras de la CACE, el comercio electrónico es uno de los sectores con mayor desarrollo en nuestro país, y su facturación se incrementó en casi un 300% del año 2014 al 2017, cuando se facturaron más de 150 millones de pesos argentinos. Este crecimiento está respaldado por una satisfacción de compra de un 98% de todos los usuarios, la categoría que se mantiene como favorita de los compradores incluye equipos y accesorios de electrónica, le siguen los electrodomésticos y los artículos para el hogar. Fuente: <https://www.america-retail.com/argentina/argentina-el-comercio-electronico-en-argentina-crecio-en-un-300/>, Fecha de captura: 20-04-2019.

26)El 2018 no ha sido un buen año para la actividad económica en el país. Eso lo sabemos todos. Pero algunos sectores siguen mostrando su vitalidad, de modo consistente con su etapa de difusión y adopción. Uno de ellos es el comercio electrónico en su modalidad a consumidor (business to consumer o b2c, y consumer to consumer c2c) que a pesar de los contratiempos alcanzó a 206 mil millones de pesos en venta. Esa suma (neta de IVA) implica un crecimiento real en pesos frente a las ventas del año anterior (\$ 136 mil millones) del 51,5%. Casi 10 puntos por sobre la estimación más dura de la inflación del 2018Claro está que si hiciéramos el cálculo en dólares promedio para la diferencia entre ambos años el crecimiento es de un 37,4%, nada mal tampoco. (Prince, Alejandro, <https://www.canal-ar.com.ar/27629-El-Comercio-Electronico-en-Argentina-en-2018.html>, Fecha de captura 19-04 de 2019). El e-commerce" de la Argentina pareciera inmune a crisis por el alza del dólar o metas incumplidas de la inflación o déficit de la balanza externa u otras variables macroeconómicas. En 2017, de acuerdo a datos de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE), creció en 2017 un 52% en facturación respecto al año anterior, y vendió por 156.300 millones de pesos, equivaliendo al 1,3% del PBI, según calculó esa entidad. Durante el año pasado, se vendieron 96 millones de productos a través de 60 millones de órdenes de compra, un 28% más que en 2016, y a razón de 263.000 productos por día. El ticket promedio de compra fue de 2.600 pesos, con un aumento del 19% respecto al año anterior, según la 7° edición del estudio anual que hace la CACE, este año junto a la consultora Kantar TNS. (Fuente: <https://www.iprofesional.com/notas/264583-internet-software-tv-tecnologia-comercio-electronico-ecommerce-novedades-tecnologicas-novedades-tecnologicas-El-comercio-electronico-en-la-Argentina-crecio-52-durante-2017-y-ya-representa-el-13-del-PBI>, Fecha de captura: 20-04-2019).

27)Durante el año 2018 se realizaron operaciones de e-commerce por un total global de \$ 229.760 millones, lo que determina un incremento del 47% interanual. El 80% de las operaciones se realizaron meditan el uso de tarjetas de crédito. (<https://www.cace.org.ar/estadisticas>, fecha de captura: 20-04-2019).

28)Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos ..., p.235.

29)El argumento más serio empleado para resistir una eficacia de los derechos fundamentales en el marco del derecho contractual ha sido que, de aceptarse

esa eficacia, el principio de la autonomía privada (y su consecuente, la libertad contractual) sufriría una irremisible degradación. Basta pensar - sostienen- en las consecuencias de una aplicación mecánica del principio de igualdad en el ámbito contractual. Sin embargo, la objeción, en estos términos absolutos, resulta injustificada. En primer término, diría que la afirmación resulta inconsecuente desde la lógica de la teoría jurídica. En efecto, si la autonomía privada es la facultad otorgada a los particulares de crear una regla, *tertium non datur*, o se ubica a esta regla en paridad con la ley formal y en consecuencia queda sometida a los principios constitucionales, o se la emplaza en un grado de dependencia de la norma, en cuyo caso, a simili, y aun con mayor razón, también queda sometida a estos principios. (De Lorenzo, Miguel Federico, *Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana*, Buenos Aires, La Ley, 2011-E, 1258).

30) (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Fundamentos* ., p.244).

31) Uno de los pensadores modernos (liberales) que mejor explicaron los términos relativos de nociones tan sustantivas fue John Rawls (1921- 2002, Universidad de Princeton y Harvard). Veamos este texto: Sostendré en cambio que las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastantes diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo, las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad... Sin embargo, no hay injusticia en que unos pocos obtengan mayores beneficios, con tal de que con ello se mejore la situación de las personas menos afortunadas (Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, María Dolores González (Trad.), DF, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, p 27).

32) Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, ... p. 29.

33) Sobrino, Waldo, *Contratos, neurociencias e inteligencia artificial...*, p.110.

34) Pastor, Daniel - Roca, María, *Neurociencias y Derecho*, T 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, p.8.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 9 DE SETIEMBRE DE 2020
:
Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.260, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.959, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.960, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1118, Constitución de la Nación Argentina Art.16, Ley 24.240 Art.36*

Las neurociencias en nuestro ordenamiento normativo. Aplicación de las neurociencias en la teoría general del acto jurídico. El pensamiento de Richard Thaler y Cass Sunstein

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 11 DE OCTUBRE DE 2019

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CONTRATOS DE ADHESION-
INFORMACION AL CONSUMIDOR-PUBLICIDAD COMPARATIVA

TEXTO

El pensamiento de Richard Thaler (1) y Cass R. Sunstein (2).

I) Introducción. Continuando con la revista de autores que nos habíamos propuesto examinar, vamos a ocuparnos ahora de dos pensadores fundamentales entre quienes investigan las vinculaciones entre la psicología, la economía, el derecho y los mecanismos mentales implicados en la toma de decisiones. No referimos Richard Thaler (Premio Nobel en Ciencias Económicas, 2017) y a Cass Sunstein, un investigador de la Universidad de Chicago, especializado en economía conductual.

Thaler y Sunstein sostienen que la economía está gobernada por reglas anacrónicas y que se organiza a partir de un sujeto, tan racional como utópico, que toma decisiones controladas por su conciencia. El individuo que considera la teoría económica tradicional, al igual que el sujeto sobre el que se elaboró la teoría jurídica clásica, es imparcial, equilibrado y se para frente a sus pasiones inconscientes con firmeza y autocontrol (3).

Este hombre, que es al mismo tiempo racional y ficticio, es apodado por Thaler como Econ. Para este autor, uno de los problemas centrales de la teoría económica es que organiza sus reglas y principios a partir de un sujeto que no es real dando lugar a un diagnóstico de origen equivocado. Dicho de otro modo: las ciencias sociales más importantes prescriben un sistema normativo dirigido a sujetos que no tienen prácticamente nada en común con las personas reales (4).

Ese error diagnóstico en el que incurren - distraída o deliberadamente - la economía y las ciencias jurídicas es lo que vincula nuestro pensamiento con estos notables investigadores. Las críticas que ellos les hacen a la teoría económica tradicional es idéntica a la que nosotros le formulamos al Derecho cuando sostenemos que actuamos de manera bastante irracional y usando la menor cantidad de discernimiento posible. En definitiva, nuestra crítica apunta principalmente a la teoría general del acto jurídico, para luego hacerse extensiva a la teoría general del contrato y de la responsabilidad.

Thaler y Sunstein denuncian que esa idea que describe a un hombre económico, que toma decisiones óptimas y equilibradas es tan falsa como la del hombre jurídico que actúa con discernimiento intención y libertad: ...existe un problema: las premisas en las que se basa la teoría económica son imperfectas. Primero, los problemas de optimización a los que se enfrenta la gente normal a menudo son demasiado difíciles como para que los puedan resolver, o incluso acercarse a su solución (5).

Las reglas básicas de la economía y el Derecho fallan porque, partiendo de un individuo excesivamente racional, no asumen la existencia de esa enorme llanura de inconsistencias que es la preciosa mente humana. El exceso de confianza y de optimismo quizás sean las características más destacadas, y también las menos consideradas por las ciencias sociales, de los seres humanos (6).

Es por eso que pensamos que es importante que la doctrina jurídica comience a

examinar estos temas que, por obvias razones, serán los que van a dominar el escenario teórico de las próximas décadas. Como bien dice Facundo Manes, las neurociencias y el Derecho están llegando a un inevitable encuentro en donde ambas disciplinas tendrán que resolver, conjuntamente, la encrucijada entre el sujeto individual y el sujeto comunitario (7).

II) El optimismo no realista. Thaler y Sunstein saben que el discernimiento, o la capacidad de tomar decisiones del sujeto es limitada y fácilmente manipulable. Veamos más detenidamente esta cuestión.

Una de las principales características del ser humano es su optimismo. Más aún; no es infrecuente que estemos dominados por una suerte de optimismo no realista. Vale la pena que examinemos a esta idea porque, en buena medida, nuestra inestabilidad emocional se debe a indócil convivencia de nuestros pensamientos optimistas con la realidad que, a menudo, es más estrecha que nuestras expectativas.

Hay un ejemplo emblemático de esta situación. Si se nos pregunta cuantas chances de éxito tiene abrir una pizzería en Buenos Aires diremos que, probablemente, tiene un 75% de prosperar y un 25% de fracasar. Empero, si inmediatamente se nos pregunta cuántas probabilidades de prosperidad tiene nuestra casi con certeza diremos que la probabilidad de éxito es del 90% o, incluso, del cien por ciento. En este punto, quizás sea bueno que el lector sepa que no se trata de un ejemplo azaroso que hemos imaginado, sino del resultado de una investigación científica (8). Creemos, en definitiva, que nos irá bien cuando la tasa de fracaso es del 75%.

El optimismo no realista, como tan claramente se aprecia en este experimento, es la tendencia que todos tenemos a creer que nuestras habilidades y nuestra suerte son superiores a las de la media. Pensamos que vamos a ganar allí donde hay evidencia de que casi todos pierden y, con igual entusiasmo, imaginamos que no vamos a fracasar en situaciones en las que el común de la gente pierde rotundamente (los juegos de azar, por ejemplo).

Hay cientos de experimentos que advierten este desacople entre las expectativas previas y la realidad que les sucede. Así, el fumador, aun aquél que es consciente de los riesgos asociados al consumo de tabaco, piensa (mágicamente) que son escasas las chances de enfermarse como le sucede a muchas de las personas que fuman como él. De igual modo, saber que un porcentaje bastante alto de los matrimonios fracasan en los primeros años de convivencia, no hace retroceder a los novios que, morosamente, concluyen el delicioso beso que sella el compromiso matrimonial. Para ellos, muy afortunadamente, las chances de que el desamor futuro ocupe el lugar de las ilusiones presentes son inferiores a cero (9). En idéntico sentido, casi todos saben que los emprendimientos chicos tienen altísimas probabilidades de terminar en la ruina y, no obstante, nos endeudamos fuertemente con el banco que financia esa imprudencia del optimismo irreal y embriagado de una confianza inexplicable (10).

De eso se trata el optimismo no realista que, más allá de presentaciones humorísticas, es una causa bastante frecuente de tragedias económicas y angustias personales. Empero, el tema que ahora nos ocupa no es reprimir el optimismo, sin el cual nuestras vidas serían más desdichadas, sino advertir lo que los operadores comerciales pueden hacer con nuestro exceso de confianza.

Nosotros pensamos que manipular el optimismo y la confianza, exacerbando las expectativas de los adquirentes de bienes y servicios, es otra de las circunstancias que vician el acto jurídico. Se trata de un manejo deliberado del inconsciente que afecta, indistinta o simultáneamente, el discernimiento, la intención y la libertad de los actos jurídicos(11).

III) Soluciones legales aplicables a nuestro ordenamiento jurídico. La información comparativa. Por supuesto que no es fácil imponer la obligación de generar pesimismo o de achatar el optimismo natural, ni tampoco sería posible exigir su cumplimiento a los proveedores de bienes y servicios. Empero, sin llegar a esos extremos, no sería difícil imponer a determinadas las empresas de servicios la obligación de crear mecanismos para que sus clientes accedan, on line, a información que incluya datos estadísticos y

comparativos con otras empresas competidoras.

Esta solución sería particularmente aplicable a las prestadoras de servicios de la alta tecnología y bancarios (provisión de internet, telefonía móvil, televisión por cable, seguros, etc.). De esta forma, los suscriptores de un plan de telefonía móvil, por ejemplo, podrían acceder a encuestas que, además de informar las prestaciones particulares del plan elegido, muestren las prestaciones ofrecidas por -al menos- las dos competidoras mejor instaladas en el mercado. Luego, siguiendo este mismo método, se podrían ofrecer otras muestras de opinión o satisfacción de los usuarios de dos o tres compañías referidas al mismo plan. Finalmente, si el usuario no quedara satisfecho, se le debería permitir que cancele la suscripción y que, desde ese mismo sitio, pueda comenzar el proceso de contratación online con algunas de las otras compañías. Esa competencia llana y sin filtros entre las empresas prestadoras sería un punto de partida para la optimización del servicio.

La propuesta legislativa que acabamos de describir no es una mera fantasía fruto de nuestra imaginación. En una entrevista que le hicieron a Richard Thaler se le preguntó si la información ofrecida a la clientela era un sistema útil para mejorar las decisiones de los consumidores. Allí, el entrevistado explicó que la información comparativa es siempre bien recibida por la clientela: Hace tiempo que postulo que los consumidores tienen derecho a acceder a sus propios datos de uso, por ejemplo, los de las compañías telefónicas. Es difícil escoger el plan que mejor se ajusta a nuestras necesidades si no sabemos a ciencia cierta cómo hemos estado utilizando nuestros dispositivos. Además, esto puede favorecer a la competencia al impulsar que la gente cambie de proveedor. En el Reino Unido, por citar un caso, aprobaron una regulación que obliga a los bancos a facilitar el traspaso de los pagos automáticos a una nueva entidad. Esto hizo que los bancos tuvieran que esforzarse por mantener a sus clientes (12).

Entonces, propiciamos que una eventual reforma al art. 4 de la LDC y/ o del art. 1100 del CCyC adicione la obligación de crear accesos directos on line para que los clientes puedan acceder a la siguiente información; a saber:

- a) los precios y las prestaciones particulares del plan seleccionado y ofrecidos por esa prestadora;
- b) comparar los precios y las prestaciones con los ofrecidas por, al menos, las dos competidoras directas de la empresa.
- c) acceder a encuestas de opinión de los clientes de cada una de las compañías que ofrezcan ese plan u otro de similares características.
- d) Permitir que los usuarios, desde ese mismo sitio, puedan darle de baja a su servicio e iniciar el proceso de contratación con alguna de las competidoras.

Pensamos que los usuarios buscan información calificada y selectiva, y rechazan la información confusa e inútil que le ofrecen. El hecho de que los contratos no se lean, no quiere decir que no sea posible obtener buena información.

El uso de información comparativa es de gran ayuda porque también está demostrado que permanentemente establecemos relaciones comparativas. De la misma manera que antes decíamos que los contratos no se leen nunca y que nunca se leerán, es seguro que sigamos haciendo comparaciones entre las distintas marcas de las cosas que compramos porque, sencillamente, la comparación de términos relativos es una característica propia de la racionalidad humana.

Dan Ariely llamó relatividad a este tipo de comportamiento comparativo. La idea le sirvió para desarrollar la muy interesante teoría de los de los señuelos que un poco más adelante veremos más detenidamente. La relatividad que explica Ariely básicamente describe que el ser humano nace predispuestos a realizar comparaciones (13).

Otro ejemplo típico de manipulación del optimismo está dado por los préstamos de dinero, ya sean por financiación bancaria directa, o por el uso de tarjetas de crédito. Es sabido que ignoramos por completo, y queremos ignorar completamente, los gastos de las comisiones anuales bancarias y financieras en que incurrimos. Pocas cosas nos resultan más incómodas que enterarnos, a comienzos del año nuevo que hemos gastado, en el que acaba de terminar, una fortuna en comisiones e intereses bancarios. Justamente por ese motivo,

creemos que suministrar compulsivamente esa información sería, además de incómodo y angustiante, de suma importancia para bajar el nivel de endeudamiento de las familias (14).

No se trata de un problema menor porque el sobreendeudamiento familiar es un problema global que, además, afecta severamente a la familia argentina (15). Algunos estudios informan que en nuestro país el pago de créditos de consumo insume, en promedio, aproximadamente el 40% de los ingresos familiares (16). Otros autores nacionales, como Alegría y Di Lella, concluyen que el crédito para el consumo, que empieza siendo una herramienta financiera saludable, puede convertirse en una verdadera adicción a tomar deudas impagables (17).

Los bancos y también las gigantescas empresas emisoras de tarjetas de crédito (18), deberían tener la obligación de enviar un resumen anual que contenga, en forma clara y de fácil lectura, todos los gastos de comisiones e intereses financieros que se han pagado en el transcurso del año.

Ese resumen actuaría como una severa advertencia de lo mucho que gastamos, pero también sería una magnífica ayuda para atenuar nuestro optimismo excesivo e imprudente. Nada es más estimulante para ahorrar que saber los miles y miles de pesos que, muchas veces innecesariamente, gastamos por año en comisiones e intereses bancarios.

La obligación de enviar este reporte anual es otra de las medidas del paternalismo libertario que sugieren los autores que estamos examinando y que seguidamente analizaremos en forma más detallada (19) La instrumentación de esta obligación sería muy sencilla en nuestro sistema normativo.

IV) El paternalismo libertario en materia de información. A partir de las premisas examinadas en el tópico anterior, Thaler y Sunstein elaboran un concepto muy interesante que denominan 'paternalismo libertario. Lo más relevante de esta idea es que los autores sostienen, y nosotros coincidimos, que una vez que se sabe a ciencia cierta lo fácil que es condicionar nuestras decisiones es necesario que el Estado intervenga para contrarrestar el efecto del optimismo no realista (20).

El término paternalismo libertario nos interesa, además, porque rompe la falsa paradoja que postula que un acto libre no puede padecer ninguna intervención oficial para mantener esa condición. Por el contrario, los autores señalan la necesidad de que Estado actúe, en forma moderada e inteligente, para ayudarnos a tomar decisiones acertadas. La intervención del Estado, si es equilibrada, no tiene porqué estropear la libertad contractual o la seguridad jurídica.

Estas ideas, moderadamente intervencionistas, no son ajenas a nuestra doctrina. De hecho, autores como Lorenzetti hablan de un orden público contractual que debe atender cuatro premisas: a) la protección del consentimiento; b) la protección de la parte más débil; c) la idea de bienestar social; d) la dirección de las reglas económicas (21) Lorenzetti, cuyos aportes doctrinarios siempre valoramos más que su labor judicial, alerta sobre la ingenuidad de creer en una libertad contractual puritana y un mercado capaz de equilibrarse sin intervención oficial. El autor, acertadamente, apunta al individualismo insuficiente para crear bienestar y a la ambición desmedida que impide que el mercado sea equilibrado. Dicho en otras palabras: la insuficiencia individual y la exuberancia corporativa requieren la moderada intervención del Estado en los negocios privados (22).

Michael Sandel (Cs. Políticas, Harvard University) es un de los autores más filosos a la hora de poner el grito en el cielo frente a la utopía de los mercados libres. Para Sandel, el principio básico de la economía de mercado no es la libertad individual sino la codicia. Por eso propone un debate profundo, aunque todavía inexistente, acerca de cómo limitar el razonamiento puramente mercantilista, y por tanto amoral, de los mercados (23).

Thaler y Sunstein, más moderados, proponen una forma de intervencionismo que no regula el precio de los bienes ni la competencia entre las empresas, sino que va a operar sobre el inconsciente del sujeto. Los autores, sin crear utopías, describen un Estado que es, simultáneamente, liberal y paternalista (24). Se trata de un paternalismo virtuoso que interviene para que el

individuo tome mejores decisiones y que resulta compatible con el funcionamiento de las sociedades de consumo capitalista (25).

En una obra posterior, Thaler ya no se refiere al optimismo irreal, sino al exceso de confianza. Sin embargo, ambas nociones describen el mismo fenómeno y producen el mismo efecto: decisiones erróneas y desfavorables para el interés propio (26). Es importante poner de relieve que para este autor, el exceso de confianza se origina en que nos consideramos superiores a la media. Por algún motivo que ignoramos, creemos que tenemos más talento o más suerte o más de ambas cosas que el promedio de la gente (27). Pero lo cierto es que la ciencia nos está mostrando, con un toque de brutalidad, que la razón, en la que tantas esperanzas habíamos depositado, es insuficiente para protegernos de las manipulaciones del inconsciente. Nos guste o no, estamos a merced de quien más eficazmente maneje nuestro inconsciente. Veamos cómo funciona el paternalismo libertario con un ejemplo.

Supongamos que una empresa prestataria de energía eléctrica está obligada a informar cómo se deben utilizar los artefactos domésticos para ahorrar energía en los hogares. Esa información, obviamente, es contraria a sus intereses que mejoran cuando sus clientes consumen más energía. Así, para cumplir la ley, evitar sanciones y, al mismo tiempo, no perjudicar sus intereses, es probable que la compañía envíe a su clientela facturas que contengan una leyenda que, más o menos, diga:

Si usa el servicio de acuerdo a estas instrucciones, es probable que su ahorro anual llegue a la suma de \$ 300.

En cambio, si la información sobre el consumo óptimo es suministrada por el Estado, que está verdaderamente interesado en ahorrar energía y en que la gente consuma menos, lo más probable es que transmita esa misma información, pero poniendo el énfasis en el mayor gasto (perdida) que supone el mal uso. En este caso, la leyenda informativa será enunciada así:

Si no se usa el servicio de acuerdo a estas instrucciones, su gasto anual se incrementará en la suma de \$ 300.

No se trata de informaciones diferentes porque, de hecho, los dos enunciados dicen lo mismo. Sin embargo, está comprobado que la fórmula utilizada por la compañía genera menos ahorro de consumo per cápita que la utilizada por el Estado (28).

La diferencia entre una y otra presentación está en su formulación. En la primera, se aconseja un método de ahorro mientras que en la segunda uno para evitar pérdidas. Ese es el quid de la cuestión: somos mucho más sensibles a las pérdidas que a los ahorros. La segunda información fue más eficiente en términos de resultados porque nos amenaza con una pérdida concreta y efectiva (29).

La presentación negativa o positiva de la información también es determinante en materia de salud. Resulta sorprendente analizar algunos experimentos que indican que los riesgos derivados de tratamientos médicos o de intervenciones quirúrgicas también pueden ser transmitidos en forma negativa o positiva, según qué respuesta quiera obtenerse del paciente. Por ejemplo, si nos informan que el 90% de las operaciones de corazón son exitosas, es más probable que aceptemos la operación que si nos informan que el 10% de las personas mueren en el quirófano. Ambas informaciones dicen exactamente lo mismo pero una estimula la decisión favorable a concretar la operación y la otra la deprime (30).

Imagine el lector qué pasaría con la industria farmacológica si, en vez de decir que un remedio no presenta adversidades de ningún tipo en el 90% de los casos, estuviera obligada a decir: En el transcurso del último año aproximadamente X cantidad de personas murieron o sufrieron graves padecimientos relacionados con el uso prolongado de esta medicación. Ese número representa aproximadamente el 10% de las personas que sufrieron inconvenientes asociados al consumo de este remedio. Por más que ambas informaciones sean ciertas, la segunda presentación, que actúa achatando las expectativas del optimismo irreal, producirá una segura caída en las ventas de ese remedio.

En términos de salud pública, es muy posible que la segunda formulación sea más recomendable que la primera, pero su resultado es claramente perjudicial

para los intereses de la industria farmacológica. Ese confronte, entre bienestar general y progreso capitalista no es novedoso, pero todavía no se ha podido dirimir en forma equilibrada. La irresolución se deba a que se trata de un dilema insoluble para la lógica capitalista puesto que postula la incompatibilidad entre la acumulación de riqueza y la acumulación de bienestar general. Para zanjar ese antagonismo es necesaria la intervención del Estado. Lorenzetti expone claramente esta idea más intervencionista (31).

Lo importante para nuestro limitado trabajo es que el lector comprenda que tanto la compañía comercial y como los funcionarios del Estado saben de antemano cómo reacciona el sujeto y cómo condicionar su conducta a partir de la forma en que le suministra la información. Entonces, no parece inapropiado que el Estado use este conocimiento en sentido positivo y solidario procurando una mejora colectiva en la toma de decisiones.

Sin embargo, también debemos ser cautos en las expectativas que pongamos en estas intervenciones. No son pocas las veces que la eficacia del Estado para cumplir el objetivo social pretendido es relativa o directamente nula y, muchas veces, su participación resulta contraproducente: abundan ejemplos de políticas sociales que no solamente fracasan, sino que empeoran la situación anterior a la intervención oficial.

John Bargh explica que muchas veces las políticas públicas tienen un objetivo solidario pero que fallan porque no tienen en cuenta una característica demasiado humana. En ese orden de ideas, el autor señala que es frecuente que las políticas sociales no consideren una cuestión humana determinante: el sujeto antepone las necesidades propias al bienestar del grupo. Es un prejuicio, y casi una superstición, pensar que el ser humano está dominado por tendencias solidarias. Más bien ocurre lo contrario y somos, como decía, Nietzsche, humano, demasiado humano.

En algún sentido, y ya que nos permitimos meternos un poco en la filosofía, no es audaz sostener que nos parecemos bastante a ese lobo antisocial y depredador que describe Hobbes y cuya pacificación exige una organización social a través de una ley del Estado. Esa organización legal, inevitablemente tomará un poco de libertad y seguridad jurídica para lograr un mayor bienestar general. La intervención oficial es, desde el siempre, definitoria para que cualquier contrato social se concrete exitosa y pacíficamente (32).

Pero volviendo a nuestro tema más concreto, vemos que John Bargh nos ofrece dos ejemplos de intervenciones estatales reales que resultaron contraproducentes. La primera experiencia fallida ocurrió en México, cuando el gobierno quiso reducir la circulación de automóviles para atenuar la emisión de gases contaminantes. Para ello, se tomó una medida que consistía en la prohibición de que, durante dos días de la semana, circulen los autos de matrícula par y, durante otros dos días, los vehículos de matrícula impar. El resultado fue que los automovilistas, para no perder el privilegio de moverse con su propio vehículo, optaron comprar un segundo automóvil. Pero, para no resentir demasiado su presupuesto, la mayoría de las personas adquirió modelos viejos y en mal estado que, a la postre, resultaron ser bastante más contaminantes que los modelos más nuevos. El efecto de esta política pública solidaria y bien intencionada fue un aumento en la circulación de automóviles, un aumento del consumo de combustible, un aumento de la emisión de gases contaminantes y, desde luego, un rotundo fracaso (33).

Un segundo ejemplo es más explicativo, más descriptivo y más demostrativo de cómo funciona, nos guste o no, la estructura básica del ser humano. El experimento cuenta que, ante la abundancia de serpientes depredadoras y venenosas, el gobierno de la India decidió pagar una recompensa por cada cobra muerta que se le entregara. El resultado, desagradablemente previsible, que, sin embargo, no fue previsto por las autoridades, fue el aumento de los criaderos de ese peligroso animal. Al poco tiempo de lanzada la medida, las cobras aumentaron en número y en salud. Humano, demasiado humano (34).

V) (Es posible aplicar el paternalismo libertario de la teoría de Thaler & Sunstein en nuestro ordenamiento jurídico?)

(1) Informar y educar. Sin perjuicio de los ejemplos, ciertamente

deplorables, presentados al terminar el t3pico anterior, seguimos auspiciando una moderada intervenci3n del Estado similar a la que proponen Thaler y Sunstein. A pesar de algunos experimentos fallidos, creemos que el gran protagonista de las relaciones de consumo es y seguir3 siendo el Estado. En ese orden de ideas, pensamos en redise1ar un modelo de opaternalismo libertario que podr3a implementarse en Argentina. En concreto, su aplicaci3n ser3a posible y saludable en el caso de los llamados Servicios P3blicos Domiciliarios (SPD) regulados en los arts. 25 a 31 de la Ley 24.240.

Seg3n los desarrollos que hemos visto y explicado, pensamos que el Estado deber3a reglamentar que las empresas brinden informaci3n, referida al consumo eficiente del servicio, en forma negativa, evitando expresar el ahorro derivado del uso correcto, y poniendo el 3nfasis en las p3rdidas derivadas del uso incorrecto. Recordemos que, por regla, es m3s fuerte la aversi3n a la p3rdida de dinero que el est3mulo a su ahorro. Dicho de otro modo: aborrecemos perder y somos indiferentes al ahorro, como si el derroche no fuera, al fin, una forma de p3rdida patrimonial (35).

Conociendo estas premisas, pensamos que los organismos que controlan a las prestari3s de SPD las podr3an obligar a que, en los meses donde esos servicios tienen picos de consumo, informen, por ejemplo, la p3rdida de dinero que ocasiona el uso de un aire acondicionado a menos temperatura que la indicada en el manual de uso. Esta informaci3n podr3a ser apoyada con anuncios usando la multimedia y las redes sociales. De esta manera, se optimizar3a la informaci3n que deben brindar los proveedores y se promover3an acciones p3blicas efectivas para consumo sustentable.

(2) El efecto reba1o. Una de las maneras m3s eficaces de manipular nuestras decisiones es apelar al llamado efecto reba1o o manada. El ser humano es un animal netamente gregario; por ese motivo, en general actuamos por repetici3n de conductas y por imitaci3n de modelos anteriores. Veamos.

Cuando se nos presenta un tema desconocido, lo primero que pensamos es: qu3 dir3n los otros, sobre esta cuesti3n. Los hombres de derecho sabemos de sobra esta cuesti3n porque cada vez que enfrentamos a un tema nuevo buscamos ansiosamente sus antecedentes jurisprudenciales, y si tenemos la suerte de encontrar fallos que avalen nuestra tesis, ella ser3 m3s cre3ble y m3s dif3cil de refutar. Por el contrario, si la tendencia jurisprudencial es opuesta lo m3s probable es que abandonemos por temor a su rechazo.

Esta clase de comportamientos, popularmente conocidos como efecto panqueque, no sorprenden a los cient3ficos que han desarrollado muchos experimentos para demostrar que la opini3n de los otros influye decisivamente sobre la propia. Por ejemplo, se ha demostrado que si una persona que come mucho debe compartir la mesa con personas que comen menos ella, autom3ticamente, comer3 m3s moderadamente. Otro experimento demuestra que un estudiante harag3n mejora su rendimiento escolar si es puesto a trabajar con estudiantes m3s aplicados.

La influencia social es determinante de nuestros comportamientos. Ni bien tomamos conocimiento de que muchas personas act3an de una forma determinada, esa tendencia se transmite al resto de la sociedad como una informaci3n acerca de c3mo se debe actuar para evitar rechazos o reprobaciones. Una prueba muy interesante de Thaler y Sunstein nos muestra c3mo un pol3tico republicano es m3s moderado cuando est3 con un grupo de pol3ticos dem3cratas y, viceversa, el dem3crata aten3a sus posturas m3s radicales cuando es obligado a compartir un espacio con un grupo de republicanos (36). Es que, como dicen estos pensadores: En definitiva, los humanos nos vemos influidos f3cilmente por otros humanos. (Por qu3? Una raz3n es que buscamos la conformidad (37).

La influencia de los otros es de suma importancia a la hora de tomar decisiones. Esa injerencia tiene un aspecto positivo, porque el aprendizaje est3 fuertemente relacionado con la imitaci3n de modelos virtuosos; sin embargo, la contracara de este fen3meno es que muchos de los errores que cometemos tambi3n obedecen a una imitaci3n de los ajenos (38).

El problema no radica en la reproducci3n de modelos virtuosos y tampoco en asumir que algunas veces nos equivocamos por seguir a la manada. Lo que nos interesa poner de relieve en este trabajo son los peligros relativos a la creaci3n de tendencias sociales falsas con fines lucrativos o pol3ticos. Dicho de otro modo: el peligro no es la imitaci3n, sino la manipulaci3n del

pensamiento colectivo a través de información falsa pero socialmente aceptada como verdadera y correcta (39).

La importancia que el efecto rebaño tiene para nuestra tesis es bastante evidente. Se trata de una forma de condicionar el discernimiento. No es difícil imaginar que, conociendo el resultado de estos experimentos, los proveedores de bienes de consumo masivo organicen campañas publicitarias cuyo foco esté puesto en la cantidad de personas que consumen el producto, generando un efecto de consumo por contagio. De hecho, Thaler y Sunstein alertan sobre esta cuestión (40).

Sin perjuicio de lo dicho, pensamos que sería indeseable, por autoritaria, la aplicación de una norma que prohíba los anuncios que contengan datos estadísticos. No obstante, también debe considerarse que es imposible que los usuarios puedan determinar si los datos ofrecidos en los avisos son verídicos o si tienen como único objetivo crear consumo por contagio.

Naturalmente, y con razón, el lector estará pensando que los anuncios publicitarios podrán ser las dos cosas al mismo tiempo; es decir, contener estadísticas verídicas y producir un contagio masivo que resulte provechoso para la compañía. Esa postulación puede ser rigurosamente cierta. Pero también es innegable que podrían existir, como de hecho existen, encuestas falsas o sesgadas que generan un resultado contagioso sobre la base de información adulterada. Esa manipulación deprime, aún más, la capacidad de discernir que tenemos y ese es, en definitiva, el problema: la creación artificial de tendencias colectivas mediante información falseada o sesgada.

EL Estado, a través de las respectivas autoridades de aplicación de la ley de defensa del consumidor, puede controlar que las publicidades no utilicen indebidamente el efecto manada. Para hacerlo debe vigilar las encuestas utilizadas en las publicidades no contenga datos falsos o información sesgada.

No podemos, sin embargo, soslayar que la cuestión tiene su reverso. Es posible, y de hecho ocurre con frecuencia, que sea el propio Estado quien manipule con mayor intensidad la conciencia colectiva. La tragedia universal del nazismo, al menos en parte, también se explica por la creación de una gigantesca manipulación de la conciencia colectiva. En nuestro país, desafortunadamente, tampoco faltan ejemplos de gobiernos que falsearon los datos estadísticos más sensibles para el funcionamiento de la sociedad. Por otra parte, tampoco hace falta llegar a ejemplos tan extremos para entender que podemos tomar decisiones nocivas para el interés individual y social solamente por seguir una tendencia que creemos mayoritaria y virtuosa.

Thaler y Sunstein denominan a ese fenómeno conservadurismo colectivo. Es la tendencia que los grupos sociales tienen a aferrarse a reglas sociales más allá de su conveniencia. El resultado de ese seguimiento ciego e irracional no pocas veces es la creación de un estado de ignorancia pluralista.

El Derecho, y sobre todo la jurisprudencia, está plagada de ejemplos que marcan un excesivo conservadurismo colectivo. Por ejemplo, los distintos códigos procesales del país contienen ritualismos incomprensibles que se usan hace más de un siglo, aun sabiendo que su aplicación trae más injusticia que soluciones (41).

En sumario, si bien es cierto que no es posible que las relaciones de consumo mejoren sin la intervención moderada del Estado, no debemos pasar por alto los peligros que acechan a esas intervenciones, sobre todo en países como el nuestro en el que la fragilidad de las instituciones es tan marcada. Dicho sin eufemismos: desde el nudge virtuoso, que postulan Thaler y Sunstein al autoritarismo barroco y pintoresco de algún funcionario patrio no hay mucho trecho.

(3) Como usar positivamente el efecto rebaño. Como venimos señalando en los antecedentes, la imitación de modelos y la repetición de conductas puede ser positiva o negativa en términos sociales y también individuales. Veamos ahora un caso de manipulación positiva que produjo un resultado asombroso para mantener limpia una ciudad del Estado de Texas, USA.

El experimento describe como un Estado provincial de USA logró revertir los magros esfuerzos obtenidos en una campaña oficial que alentaba a no tirar basura a la calle y mantener más limpia a la ciudad. Esta medida causó el inmediato rechazo de grupos antagónicos y rebeldes que veían esta injerencia oficial como un menoscabo a libertad individual y sus valores.

Lo primero que hizo el Estado fue identificar con la mayor precisión posible el universo de personas que más rechazaban la campaña pro-limpieza. Ello permitió saber que los más rebeldes era el grupo integrado por varones de entre 18 y 24 años. Luego de obtenerse ese dato estadístico, todo resultó más sencillo. Se preparó un slogan breve y convincente y se contó con la colaboración de unas pocas figuras famosas del mundo del deporte y de la música. Resulta increíble ver el resultado que tuvo el mero hecho de que tres o cuatro personas, socialmente relevantes, dijeran que era necesario mantener limpias las calles de la ciudad: en los 6 años siguientes al lanzamiento de la campaña pro-limpieza, los residuos arrojados en las calles, bajaron un 72% (42).

Muchas veces se insiste, sin resultados favorables, con el dictado de normas que no se aplican y no se cumplen, y que luego son modificadas por otras que parecen mejores, pero que dan el mismo resultado. Quizás sea más conveniente buscar soluciones que trasciendan el sistema normativo y puedan concretarse a través de un Estado más activo, pero también más inteligente y más moderno. Es imprescindible dejar de pensar que la obligatoriedad de normas incumplibles puede suplir los efectos de una comunicación masiva y bien orientada (43).

(4) Como evitar el uso indebido del efecto rebaño - Soluciones legales para nuestro ordenamiento normativo. El problema del efecto rebaño es el uso negativo derivado de la manipulación del comportamiento humano. De la misma manera que una campaña estatal orientada a mantener las calles limpias tendrá eventualmente un resultado positivo en términos sociales, una campaña comercial que se desarrolla con datos falsos tendrá consecuencias muy negativas. Piense el lector en los efectos perjudiciales que podría tener una estadística fraguada en el consumo de remedios, o de artículos de perfumería, o de alimentos etc.

Para evitar estos efectos, creemos que sería conveniente que una futura legislación modifique los art. 4 de la LDC y el 1100 del CCyC.

En ese orden de ideas, nos parece posible agregar una norma que establezca que, cuando una publicidad o una información se base en datos estadísticos, el proveedor deba informar la fuente y el método utilizado, la composición detallada de su universo (por sexo, edades y segmentación socioeconómica) y la fecha en que fue realizada.

La norma, en definitiva, debería exigir que las empresas descubran al público los datos técnicos relevantes para determinar que la encuesta tiene un nivel razonable de credibilidad.

(5) La ley del mínimo esfuerzo: el consentimiento por default y el uso de cláusulas supletorias desventajosas. Hay un viejo refrán que describe, a veces en forma un poco despectiva, que siempre tomamos el camino de la menor exigencia y que tenemos la tendencia a cumplir las obligaciones asumidas en su mínima expresión. La ley del mínimo esfuerzo es el nombre de ese pensamiento popular que muchas veces nos incrimina y pocas veces encontramos argumentos para rebatir la acusación.

Por ejemplo, si nos piden que vayamos a comprar una docena de facturas elegimos la panadería más cercana aun sabiendo que un poco más lejos está la mejor panadería de la ciudad. Cuando debemos elegir y nos requiera menos esfuerzos personales. Normalmente preferimos quedarnos el menor tiempo posible en el trabajo, o donar la menor cantidad de plata requerida para una campaña solidaria o escribir la menor cantidad de artículos requeridos para permanecer en la cátedra que nos aceptó en su equipo. Estamos dominados por los efectos de un patrón de conducta que nos impulsa a buscar el máximo nivel de confort con el menor esfuerzo posible. Nos guste o no, la felicidad, en parte, consiste en disfrutar el máximo placer con la menor exigencia. Todos queremos que se duplique nuestro salario o ingresos y que se nos reduzcan a la mitad las tareas que hacemos para conseguir ese premio. Los humanos somos, en definitiva, demasiado humanos.

El único problema serio de esta tendencia es que no siempre nos conviene ir a la panadería más cercana, o trabajar menos. No son pocas las veces que la Ley del Mínimo Esfuerzo (LME) nos lleva a fracasos parciales o, incluso, a la ruina total. En definitiva, la LME no es un refrán, sino una evidencia científica que describe una forma típica de comportamiento humano (44).

Lo que nos interesa de este punto es explicar que la tendencia a disminuir los esfuerzos se aplica a la toma de decisiones jurídicas. Así, cuando tenemos que firmar un contrato y elegir entre diversas cláusulas optativas casi siempre elegimos la que menos concentración nos requiere. Por ejemplo, si una de las cláusulas de un contrato de adhesión ofrece varias opciones y una última que dice: ninguna de las anteriores, lo más probable es que desechemos todas las variantes ofrecidas, permitiendo que quede firme la alternativa supletoria propuesta por el estipulante.

Hasta acá la cuestión no es demasiado problemática; pero, (qué ocurre cuando la opción supletoria es menos conveniente para el usuario que alguna de las que desechó?

Quizás ayude a entender la cuestión recordar una situación que ocurre bastante a menudo. Cada vez que se abre una cuenta bancaria, el banco ofrece una o más tarjetas de crédito que, normalmente, se aceptan por su gratuidad y por los nuevos beneficios que ofrecen. Luego de unos meses de esperar los resúmenes de gastos, se advierte que no se recibe ninguna notificación. Cuando el cliente llama al banco, luego de perder bastante tiempo, se le informa que el resumen no fue enviado porque dicha opción no fue solicitada en la apertura de la cuenta. Esto significa que, ante el silencio del cliente, el banco supletoriamente considera que éste eligió que se le debiten todos los gastos de su cuenta y que no quería recibir el resumen mensual de gastos.

Este episodio, que ciertamente se repite con frecuencia, es útil para sacar varias conclusiones: (a) se comprueba que la tendencia al mínimo esfuerzo es un fenómeno real que se manifiesta tal como lo describen los autores que estamos examinando; (b) es altamente probable que esa inacción, propia de la comodidad, termine siendo perjudicial para el usuario; (c) casi sin excepción las opciones contractuales supletorias importan una ventaja para el prestador del servicio que termina aprovechando las consecuencias de la ley del mínimo esfuerzo.

La buena noticia es que sería bastante fácil implementar un sistema legal para combatir esta práctica abusiva. Veamos.

Partiendo de la base de que existe un comportamiento humano tendiente a la inacción y al menor esfuerzo, el Estado puede regular el funcionamiento de las estipulaciones supletorias.

El libro III, Título II, Capítulo 3, Sección 2, arts. 984 a 989, el Código Civil y Comercial regula los llamados contratos de adhesión. Sería posible agregar un nuevo art., que bien podría ser el 988 bis, y tratar el tema de las estipulaciones contractuales supletorias o por default. En primer lugar, esa norma hipotética debería definir el concepto de cláusulas contractuales supletorias y describir sus características; ellas son: (a) la cláusula debe contener varias opciones para que el adherente elija; (b) debe mediar silencio (inacción) del adherente en la elección de alguna de las opciones disponibles; (c) debe estar indicado en forma clara que, en caso de no hacerse uso de ninguna opción, supletoriamente será aplicable la solución contractual prevista por default.

El segundo párrafo de esta norma debería regular las condiciones de validez de la estipulación supletoria. Pensamos que la norma podría utilizar el mismo criterio establecido en el art. 987 del CCyC, (regla contra proferentem) según el cual toda cláusula contractual que resulte ambigua o dudosa debe ser interpretada en sentido contrario a la parte predisponente. En sentido similar, podría disponerse que la estipulación contractual supletoria sólo será válida si está redactada en sentido favorable al adherente, bajo pena de nulidad en caso de favorecer, en cualquier sentido, al estipulante. Asimismo, en caso de decretarse su nulidad el contrato podrá integrarse con alguna de las otras opciones a elección del adherente.

VI) Terminaciones. Se anotan, a modo de sumario, algunas de las ideas centrales desarrolladas en este tópico:

(1) La razón y la intuición. Las reglas básicas de la economía y de las ciencias jurídicas fallan, en gran medida, porque asumen erróneamente que el individuo es excesivamente racional. En verdad, está demostrado que somos mucho más intuitivos de lo que imaginamos.

(2) El optimismo irreal. Una de las principales características del ser

humano es su optimismo excesivo o no realista. Esa tendencia nos hace creer que nuestras habilidades y nuestra suerte es superior a la media. El optimismo no realista y el exceso de confianza son causa frecuente de decisiones económicas y personales perjudiciales.

(3) La información comparativa. El uso de información comparativa puede ser de suma utilidad porque también está demostrado que permanentemente establecemos relaciones comparativas. Sería posible exigirles, a determinadas empresas de servicios discriminadas por rubros, que informen las prestaciones que ofrecen en términos comparativos con otras empresas del mismo rubro.

(4) El paternalismo libertario. El Estado debe asumir una forma de intervención virtuosa en las relaciones contractuales entre particulares. Se trata, en definitiva, de una forma de paternalismo libertario que procura ayudar a que el individuo tome mejores decisiones. Esta forma de intervención debe ser compatible con el funcionamiento de las sociedades de consumo propias del libre mercado.

(5) Comisiones e intereses bancarios. Los bancos y también las gigantescas empresas emisoras de tarjetas de crédito, deberían estar obligadas enviar a sus clientes un resumen anual que contenga en forma clara todos los gastos de comisiones e intereses financieros que se han pagado durante el año.

(6) Ese resumen actuaría como una severa advertencia de lo mucho que gastamos, y ayudaría a atenuar el optimismo excesivo e imprudente que nos domina. El sólo hecho de conocer las importantes sumas de dinero que se gastan en el pago de intereses financieros de consumo, reduciría ese gasto tan importante para las economías familiares.

(7) El efecto rebaño. Una de las maneras más eficaces de manipular nuestras decisiones es apelar al llamado efecto rebaño o manada. En la mayoría de los casos actuamos por repetición de conductas y por imitación de modelos.

(8) Las influencias positivas y negativas. La influencia que los otros ejerce sobre nosotros es de suma importancia a la hora de tomar decisiones. Esa influencia muchas veces es positiva, porque el aprendizaje está relacionado con la imitación de modelos virtuosos. La contracara de este fenómeno es que muchos de los errores también obedecen a una imitación de conductas y modelos.

(9) La ley del mínimo esfuerzo. Si una cláusula contractual ofrece varias opciones entre las cuales una dice: ninguna de las anteriores, lo más probable es que desechemos todas las variantes, permitiendo que quede firme la alternativa supletoria propuesta por el estipulante.

(10) Interrogante: y soluciones legales. (qué pasa cuando la opción supletoria es menos conveniente para el usuario que alguna de las que desechó? Pensamos que se podría utilizar el mismo criterio establecido en el art. 987 del CCyC, según el cual toda cláusula contractual que resulte ambigua o dudosa debe ser interpretada en sentido contrario a la parte predisponente. En sentido similar, podría disponerse que la estipulación contractual supletoria sólo será válida si está redactada en sentido favorable al adherente, bajo pena de nulidad en caso de favorecer, en cualquier sentido, al estipulante.

Notas al pie:

1) Richard H. Thaler, East Orange, 12 de septiembre de 1945. Es un economista estadounidense. Conocido por sus aportes teóricos en finanzas conductuales y por su colaboración con Daniel Kahneman y otros en la definición avanzada de este campo. En 2017 fue laureado con el Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas en memoria de Alfred Nobel por sus contribuciones a la economía conductual.

(https://es.wikipedia.org/wiki/Richard_Thaler, Fecha de captura: 8-08-2019).

2) Cass R. Sunstein (21 de septiembre de 1954) es un abogado norteamericano y profesor universitario dedicado principalmente al estudio del derecho constitucional, derecho administrativo, derecho ambiental y de la economía conductual. Se desempeñó como Director de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA) en la administración Obama y es Profesor Felix Frankfurter en la Escuela de Derecho en Harvard. Durante 27 años, Sunstein fue investigador en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago, donde actualmente continúa enseñando como Profesor Visitante Harry Kalven.

(https://es.wikipedia.org/wiki/Cass_Sunstein, fecha de captura: 8-08-2019).

3) La premisa central de la economía es que la gente elige por optimización. De entre todos los bienes y servicios que una familia podría comprar, la familia escoge el mejor que se pueda permitir. Además, se asume que las creencias a partir de las cuales los Econs llevan a cabo sus elecciones son

imparciales, es decir, que elegimos basándonos en lo que los economistas denominan 'expectativas racionales'. Si el promedio de las personas que abren un nuevo negocio creen que sus probabilidades de éxito son del 75 por ciento, entonces ésta debería ser una buena estimación del porcentaje de negocios que finalmente tiene éxito. Los Econos no sufren exceso de confianza. (Thaler, Richard, Portarse mal ..., p. 30).

4) Por el contrario, el problema reside en el modelo utilizado por los economistas, un modelo que sustituye al Homo Sapiens por una criatura ficticia llamada 'Homo economicus', criatura que para abreviar suelo llamar Econ. (Thaler, Richard, Portarse mal ..., p. 29).

5) Thaler, Richard, Portarse mal ..., p. 31.

6) Segundo, las creencias a partir de las cuales la gente toma sus decisiones no son imparciales. Puede que el exceso de confianza no aparezca en el diccionario de los economistas, pero es un rasgo muy arraigado en la naturaleza humana, y existen innumerables otros sesgos bien documentados por los psicólogos. (Thaler, Richard, Portarse mal ..., p. 31).

7) Con el advenimiento de las nuevas tecnologías, las últimas décadas han sido fundamentales en la comprensión del funcionamiento de la mente. En este contexto, las neurociencias cognitivas han comenzado a establecer diálogos con diferentes disciplinas, y cuestiones que hasta el momento funcionaban escindidas empiezan a entrecruzar sus caminos. Este es el caso de las neurociencias y el derecho. Si bien, en lo esencial, la neurociencia estudia al individuo y el derecho, el funcionamiento de la sociedad, estos saberes comparten un espacio común en la encrucijada de lo personal a lo comunitario. (Pastor, Daniel - Roca María (Dir.), Neurociencias y Derecho, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, T. 1, p. 7).

8) Algo similar es válido para quienes emprenden un nuevo negocio, donde la tasa de fracaso es al menos del 50 por ciento. En una encuesta realizada a personas que abrían un negocio ...se les hacían dos preguntas: a) (Cuáles cree que son las posibilidades de éxito de un negocio típico como el suyo? b) (Cuáles son sus posibilidades de éxito? Las respuestas más comunes fueron 50 por ciento y 90 por ciento respectivamente, y muchos respondieron el 100 por cien a la segunda. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón ... p. 50).

9) Aproximadamente el 50 por ciento de los matrimonios acaban en divorcio, y éste es un dato que la mayoría conoce. Pero en el momento de la ceremonia casi todas las personas creen que las posibilidades de que su matrimonio acabe en divorcio son aproximadamente del cero por ciento, incluso los ya se han divorciado. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón ... p. 49).

10) El optimismo no realista puede explicar buena parte de los riesgos individuales que se asumen, en especial cuando están relacionados con la vida y la salud. Al pedirles que imaginen su futuro, los estudiantes suelen responder que tienen menos probabilidades que sus compañeros de ser despedidos de un trabajo, sufrir un infarto o tener cáncer, divorciarse después de pocos años de matrimonio o tener problemas con la bebida. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón ... p. 50).

11) El optimismo no realista es un rasgo universal de la vida humana; caracteriza a la mayoría de las personas de casi todas las categorías sociales. Cuando sobreestiman su inmunidad personal, la mayoría de las personas dejan de tomar medidas preventivas razonables. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón ... p. 50).

12) <https://www.pressreader.com/>, fecha de captura: 13-09-2019.

13 La relatividad nos ayuda a tomar decisiones en la vida. Pero también puede hacernos completamente desgraciados... Pues comparar nuestra suerte en la vida con la de otros genera celos y envidia. Al fin y al cabo, había una buena razón por la que uno de los Diez Mandamientos advertía: No desearás la casa de tu prójimo... Puede que éste resulte el mandamiento más difícil de seguir si consideramos el hecho de que, desde que nacemos, estamos predispuestos a comparar. (Ariely, Dan, Las trampas del deseo..., p.35).

14) En 1989 la familia media estadounidense debía 2.697 dólares a las compañías emisoras de tarjetas de crédito; en el año 2007 la deuda había aumentado a unos 8 dólares. Y estas cifras probablemente sean demasiado bajas porque suelen ser las que dan los propios titulares. Basándose en datos de la Reserva Federal, algunos investigadores sugieren que los hogares estadounidenses pueden tener una deuda media con sus tarjetas de crédito de 12.000 dólares. Con un interés típico del 18 por ciento anual, eso se traduce en el pago de más de 2.000 dólares al año solamente en intereses. (Thaler,

Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón ... p. 165).

15) Según un nuevo estudio, la deuda promedio de los argentinos supera los \$110.000 y la principal causa de sobreendeudamiento es la mala administración financiera. El ingreso promedio en nuestro país se encuentra cerca de los \$25.000, lo que significa que se deberían destinar más de 4 meses de su sueldo íntegro (sin contar sus gastos en necesidades básicas y suponiendo que la deuda no genere intereses) al pago de deuda para salir del problema, según el análisis realizado por la reparadora de crédito Resolvé tu Deuda. (<https://www.ambito.com/la-deuda-promedio-los-argentinos-el-mal-uso-las-tarjetas-supera-los-110-mil-n4020117>, Fecha de captura: 4-10-2019).

16) Otras conclusiones que surgen como resultado de la encuesta y que tienen que ver con el endeudamiento de las familias son: El pago de las cuotas le insume en promedio el 27% de los ingresos familiares, aunque en una buena porción (el 38%) llega hasta el 40%.

(<https://www.iprofesional.com/finanzas/294257-prestamos-banco-Creditos-y-tarjetas-los-argentinos-cada-vez-con-mas-deudas>, Fecha de captura: 4-10-2019).

17) Es sabido que la vida de las personas humanas se desarrolla en un contexto sociocultural marcado fuertemente por el consumismo, sustentado por el mercado globalizado e influenciado por los patrones impuestos por el marketing. Ello generó, en una parte de la población, una adicción al consumo en un complejo y problemático escenario social y económico. Este consumo es incitado por diversos sectores de la sociedad y lleva a crear necesidades en la comunidad, requiriendo irremediablemente del crédito, el que se presenta como nexo para que los consumidores adquieran de manera ágil y sencilla bienes que de contado no lo podrían hacer. (Alegría, Héctor - Di Lella, Nicolás J., La insolvencia de los consumidores, Rubinzal online, Cita: RC D 1160/2017, Tomo: 2016 1 Consumidores, Revista de Derecho de Daños).

18) La oficina de Censo estadounidense informó de que en 2004 había más de 1.400 millones de tarjetas de crédito por 164 millones de titulares: en promedio, 8,5 tarjetas por titular. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón ... p. 165).

19) (Puede ayudar en este el paternalismo libertario? Lo mismo que con las hipotecas, pensamos que es un terreno ideal para ... Nuestra propuesta es que las compañías emisoras de tarjetas de crédito estén obligadas a enviar un extracto anual, tanto en papel como en formato electrónico, que incluya una relación totalizada de las comisiones en que se ha incurrido a lo largo del año. Este informe tendría dos finalidades. Primero, los usuarios de tarjetas podían utilizar la versión electrónica para buscar mejores condiciones. Al conocer exactamente el uso que han hecho de la tarjeta y comisiones, serían más conscientes de por qué están pagando. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón ... p. 166).

20) Sin dudas la mejor ayuda que podemos recibir del Estado es una educación completa, obligatoria y gratuita, sobre relaciones de consumo. Alegria y Di Lella al respecto sostienen muy acertadamente que es necesario: ... el desarrollo de cursos o escuelas para consumidores con presencia obligatoria, para educar a la comunidad sobre el consumo consciente, con conexiones en distintas entidades que procuren auxiliar al consumidor y no se embarquen ni reincidan en este consumo sobredimensionado (Alegria, Héctor - Di Lella, Nicolás J., La insolvencia de los consumidores, Rubinzal online, Cita: RC D 1160/2017, Tomo: 2016 1 Consumidores, Revista de Derecho de Daños).

21) Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, p 113.

22) Las fallas de la racionalidad individual y del mercado existen. El intercambio contractual libre debería llevar a un bienestar general, según lo afirmaron los teóricos liberales clásicos, pero se ha observado una falta de coincidencia entre la conducta maximizadora de la riqueza y los resultados socialmente cooperadores que se esperaban de ella. Por esta razón presentamos las normas de orden público de coordinación y de dirección económica, que cumplen una función de promoción o restricción del contrato. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, ... p 115).

23) Esta actitud de abstención de todo juicio relativo a valores está en el corazón del razonamiento mercantil y explica gran parte de su atractivo. Pero nuestra reluctancia a emplear argumentos morales y espirituales, junto con nuestra aceptación de los mercados, nos ha hecho pagar un alto precio: ha drenado el discurso político de toda energía moral y cívica, y ha contribuido a la política tecnocrática, de mera gestión, que hoy aqueja a muchas sociedades. (Sandel, Michael, Lo que el dinero no puede comprar, Joaquín

Chamorro Mielke (Trad.), Buenos Aires, Debate, 2013, p. 22).

24) Los paternalistas libertarios queremos facilitar a las personas que sigan su propio camino; no queremos poner obstáculos a aquellos que desean ejercer su libertad. El aspecto paternalista radica en que los arquitectos de las decisiones traten de influir en la conducta de la gente para hacer su vida más larga, más sana y mejor. En otras palabras, estamos a favor de que las instituciones, tanto del sector privado como del Gobierno, se esfuercen de forma consciente para orientar las decisiones de las personas en direcciones que mejoren sus vidas. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 19).

25) El paternalismo libertario es un tipo de paternalismo relativamente débil y blando, y que supone una intromisión porque las opciones no se bloquean ni se eliminan, ni se gravan en forma significativa... Sin embargo, el enfoque que recomendamos se considera paternalista porque los arquitectos de las decisiones públicos y privados no se limitan a intentar identificar o poner en práctica las decisiones que esperan de las personas. Más bien, intentan orientarlas en direcciones que mejorarían sus vidas. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 20).

26) Thaler, Richard, Portarse mal ..., p. 31.

27) ... La primera, el exceso de confianza: casi todo el mundo cree que está por encima de la media en muchas tareas, desde manejar hasta contar chistes. Esta autosuficiencia implica que, a menudo, nos llevemos sorpresas desagradables. Segundo, el autocontrol: comemos de más, hacemos poco ejercicio, y, en general, dejamos todo para último momento.

Si alguien te dice que un proyecto le llevará seis meses, habrá que calcular por lo menos doce. (Ver entrevista completa en: <https://www.pressreader.com/>, fecha de captura: 13-09-2019).

28) La idea es que las decisiones dependen, en parte, de la forma en que se enuncian los problemas. ... El ahorro de energía está recibiendo mucha atención, así que consideramos las siguientes campañas de información: a) si sigue estos métodos para gastar menos energía, ahorra 350 dólares al año; b) si no sigue estos métodos para gastar menos energía, pierde 350 dólares al año. La campaña de información b), enmarcada en términos de pérdida, es mucho más eficaz que la campaña a). Si el gobierno quiere fomentar el ahorro de energía, la opción b) es un nudge más fuerte. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 54).

29) Aversión a la pérdida: somos el doble de sensibles a las pérdidas que a las ganancias. Esto hace que seamos excesivamente renuentes a asumir riesgos. Tenemos una tendencia a mantener el statu quo. Nos quedamos con lo que tenemos porque no queremos renunciar a nada, aunque cambiar implique, posiblemente, mejorar, subir un escalón. (Ver entrevista completa en: <https://www.pressreader.com/>, fecha de captura: 13-09-2019).

30) Supongamos que sufre una enfermedad grave del corazón y que su médico le propone una operación arriesgada. Es comprensible que sienta curiosidad por conocer las posibilidades que tiene. El médico dice: 'De cien pacientes que se operan, noventa están vivos cinco años después'... Si damos los datos de una manera la respuesta del doctor será tranquilizadora y probablemente decida operarse. Pero supongamos que el médico... dice: 'De cada cien pacientes que se operan, diez están muertos cinco años después'. Si usted es como la mayoría de la gente, esta respuesta le sonará alarmante y quizás decida no operarse. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 53).

31) El Derecho Privado actual debe admitir una interrelación entre el marco institucional y los comportamientos individuales, superar la noción de 'sujeto aislado' para arribar a una idea de 'sujeto situado'. Situar al sujeto importa establecer un modo de relación con los demás individuos y con los bienes públicos, lo cual nos lleva a las reglas institucionales que fijan los parámetros de esta organización. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, ... p. 115).

32) En su estado natural, pues, el hombre es un lobo par el hombre... Si se dejara que los hombres siguieran su naturaleza, la sociedad resultaría imposible; cada uno lucharía para arrebatarse los bienes y la reputación de los demás, y el resultado sería la continua guerra civil... Con el fin de evitarlo, de constituir la sociedad y, con ella, de permitir a los individuos subsistir sin temor y con seguridad, es preciso que cada uno cede una parte de lo que apetece. Con ello no se destruye ninguna ley natural, pues si es natural que cada uno apetezca lo que apetecen los demás, es también natural

... que cada uno intente lograr la paz... Por eso los hombres no podrán alcanzar a tener derecho a nada si no se desprenden de la libertad de perjudicar a los otros. Así, el primer paso que debe darse para hacer posible la sociedad como tal es renunciar. (Ferrater Mora, José, Diccionario de Filosofía, Barcelona, Ariel Filosofía, 2004, T. e-j, p. 1670.

33) El bienintencionado programa no tuvo en cuenta la naturaleza humana, que tiene a poner las necesidades propias por encima del bien del grupo... Los conductores sencillamente se compraron otro coche y obtuvieron una matrícula terminada en otro número... que el de su vehículo original... De manera que, en lugar de reducir la contaminación y las congestiones de tráfico, la nueva medida en realidad aumentó el número de vehículos, la congestión y la polución. (Bargh, John, (Por qué hacemos lo que hacemos?, ... p. 284).

34) En un famoso ejemplo, que llevó a lo que se llamó el efecto cobra, el gobierno de la India ofreció una recompensa de cientos de dólares por cada cobra muerta que se presentara ante la autoridad competente, para ayudar a librar el país de estos peligrosos y abundantes depredadores. Pero esta nueva medida en realidad aumentó, en lugar de disminuir, la población de cobras. -De hecho llevó a una explosión en la población de cobras! Porque muchos empezaron a criar cobras para poder presentarlas muertas y cobrar la recompensa. (Bargh, John, (Por qué hacemos lo que hacemos?, ... p. 285).

35) Las personas odian las pérdidas (y sus sistemas automáticos pueden ser muy emocionales en este punto). En términos generales, es dos veces mayor la desgracia de perder algo que la alegría de ganar eso mismo. En un lenguaje más técnico, tienen aversión a la pérdida...Una vez que tengo una taza no quiero perderla. Pero sin no la tengo, no siento una necesidad urgente de comprarla. Lo que significa que las personas no asignan un valor específico a los objetos. Cuando pierden algo les duele más de lo que les agrada conseguir lo mismo. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p.51).

36) En el sistema judicial estadounidense, a los jueces federales integrados en paneles de tres jueces les influye lo que votan sus colegas. El republicano típico muestra unas pautas de voto bastante liberales cuando está con dos jueces demócratas, y el demócrata típico unas pautas de voto más conservadoras cuando está con dos republicanos. Ambos grupos muestran pautas de voto mucho más moderadas cuando están con al menos un juez nombrado por un presidente del partido político opuesto. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p.73).

37) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p.73

38) La primera es que la mayoría del agente aprende de los demás. Eso suele ser bueno, claro está. Las sociedades y los individuos se desarrollan aprendiendo de los otros. Pero muchos de nuestros grandes errores de juicio también tienen su origen en los otros. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p.72).

39) Cuando las influencias sociales hacen que la gente tenga creencias falsas o sesgadas, algunos nudges podrán ayudar. La segunda razón por la que este tema es importante para nuestro propósito es que una de las formas más efectivas de aplicar un nudge (para bien o para mal) es a través de la influencia social. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 72).

40) Al mismo tiempo, las influencias sociales muchas veces se utilizan estratégicamente. En concreto los anunciantes son muy conscientes de su poder. Con frecuencia subrayan que la mayoría prefiere su producto o que cada vez más consumidores abandonan otras anticuadas marcas para pasarse a la suya, que representa el futuro. Al decirle lo que hace la mayoría de la gente intentan influirle con un nudge. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p.83).

41) Aquí se puede ver por qué muchos grupos son presa de lo que se conoce como 'conservadurismo colectivo': la tendencia de los grupos a aferrarse a las pautas establecidas aun después de que surjan nuevas necesidades. Una vez que una práctica ... se afianza, es muy probable que se perpetúe, incluso si no tiene una base especial. A veces una tradición puede durar largo tiempo y contar con el apoyo, o al menos la aquiescencia, de gran número de personas, aunque inicialmente fuera producto de un pequeño nudge de un reducido número de personas o de una sola. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 77).

42) Con el objetivo explícito de llegar a una audiencia indiferente, el estado pidió a jugadores famosos del Dallas Cowboy que participaran en una campaña de publicidad televisiva en la que recogían con las manos latas de

cerveza del suelo y gruñían -Cuidado con Texas! En otros anuncios aparecían cantantes populares como Willie Nelson ... En sus primeros seis años, los desperdicios arrojados a la cuneta se han reducido en un 72%. Y esto se ha logrado no con órdenes, sino con un nudge creativo. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 78 -79).

43) La idea general está clara. Si los arquitectos de las decisiones quieren modificar la conducta y hacerlo con un nudge, simplemente pueden informar a la gente lo que están haciendo los demás. A veces las prácticas ajenas son sorprendentes, y por tanto conocerlas causa un profundo efecto. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 78 -79).

44) Por razones que ya hemos visto, muchas personas toman la opción que requiere el menor esfuerzo o el camino de la menor resistencia... Todas estas fuerzas implican que sí, para una elección determinada, hay una opción por defecto - o una opción que prevalecerá si quien decide no hace nada por cambiarla - cabe esperar que gran número de personas acaben por mantenerla, tanto si es buena para ellas como si no. Y como también hemos visto, esas tendencias conductuales hacia la inacción se verán reforzadas si la opción por defecto conlleva una sugerencia implícita o explícita de que representa la acción normal o incluso la recomendada. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p.107).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 11 DE OCTUBRE DE 2019

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.984 al 989, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1100, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.25 al 31*

Del discernimiento y la intención al acto jurídico impulsivo. El impacto de las neurociencias en la Teoría General del Acto Jurídico. El pensamiento de Daniel Kahneman

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 6 DE NOVIEMBRE DE 2019

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INFORMACION AL CONSUMIDOR-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-ARREPENTIMIENTO-RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR

TEXTO

I) Introducción.

El recorrido de las neurociencias aplicadas al derecho tiene un punto de partida indiscutido: Daniel Kahneman. En otros trabajos nos hemos ocupado de este autor que marca un antes y un después en el estudio de estos tópicos (2).

Lo que más destaca en Kahneman es su capacidad de hacer asombrosamente fácil de entender los temas más complejos. Este autor, básicamente, sostiene que nuestra capacidad intelectual reposa sobre una organización bicéfala de dos sistemas que atienden distintas actividades. Por decirlo de una manera sencilla: nuestra organización mental tiene dos autoridades; una es más racional y la otra es más impulsiva.

II) Los dos sistemas que organizan nuestra mente.

En primer lugar, existe en nuestra mente lo que Kahneman denomina el Sistema 1, que es intuitivo y subordinado a reglas más emocionales que racionales. En segundo lugar, existe un Sistema 2 que es racional y reflexivo y más apto para la toma de aquellas decisiones complejas que requieren más concentración.

El acto jurídico voluntario, como noción teórica que exige la concurrencia del discernimiento y la manifestación de una intención, es una típica operación del Sistema 2 en la teoría de Kahneman. Más aún, si un acto jurídico se llega a concretar por patrones más intuitivos que racionales lo más probable es que ese acto jurídico sea declarado nulo.

El Derecho, y también nosotros mismos, nos pensamos como sujetos más racionales que intuitivos, sobre todo a la hora de decidir cuestiones importantes, sean patrimoniales o de la vida familiar (3). Pero, mal que nos pese, el gran protagonista de nuestra vida es el Sistema 1, de impulsos automáticos y emociones poco racionales. De hecho, el Sistema 2, solo interviene cuando los excesos de la emoción y los impulsos nos llevan a cometer notorias imprudencias. Como dice Kahneman: Describo también las circunstancias en las que el Sistema 2 toma las riendas, anulando los irresponsables impulsos y asociaciones del Sistema 1 (4).

Esto nos permite afirmar que somos mucho más impulsivos y mucho menos racionales de lo que pensamos y, desgraciadamente, de lo que nuestro propio ordenamiento normativo piensa que somos (5). Como bien señala Sobrino: El Derecho ha creado para nosotros un 'realismo mágico legal' que no tiene demasiado apego a nuestra realidad (6).

La ciencia jurídica ha quedado tan a trasmano de los últimos estudios de la psicología conductual que nuestro Código Civil y Comercial, inaugurado entrando el siglo 21 define al acto voluntario como aquél integrado por el discernimiento, la intención y la libertad, elementos que deben concurrir simultáneamente porque la ausencia de cualquiera de ellos determina que acto no sea voluntario (7). Sin embargo, rara vez, si es que alguna, actuamos con el pleno y simultáneo ejercicio de esos tres atributos. Recordemos que el discernimiento es entendido por el Derecho como, la madurez intelectual para razonar, comprender el acto y valorar sus consecuencias ... la aptitud de la persona para apreciar las consecuencias de sus acciones (8). La intención es definida por la doctrina como la conciencia exacta y la cabal comprensión del acto que se va a concretar (9). En general, los autores hablan de una idílica sincronización entre el discernimiento y la intención que se materializan al unísono en cada acto jurídico voluntario (10). A su turno, la doctrina define la libertad como una especie de elogio a la espontaneidad de las acciones que se eligen hacer o cuya realización se rechaza (11).

La jurisprudencia también marcha en esa dirección estableciendo como principio general y presunción legal el pleno discernimiento de los actos que damos (12). Ello, a pesar de que la ciencia informa que la mayoría de los actos que realizamos carecen de discernimiento y se materializan de manera impulsiva, automática, intuitiva. La racionalidad que tenemos disponible (que no abunda) solo entra a jugar cuando las situaciones se hacen más complejas y nos exigen poner en marcha nuestra concentración (13).

Esto significa, ni más ni menos, que aquello que el art. 260 del CCyC define como acto voluntario se parece más a una quimera jurídica que a una descripción relativa al quehacer humano. Este divorcio entre la realidad cotidiana y lo postulado por la ley nos indica, con bastante solvencia, que toda la teoría general del acto jurídico está equivocada en sus fundamentos porque parte de un principio general falso: los actos humanos son, básicamente, impulsivos y raramente discernidos.

De hecho, muy pocas veces utilizamos esos elementos internos de la conciencia (discernimiento, intención y libertad) sobre los cuales se organizó, no solamente la teoría general de los actos jurídicos, sino la de los contratos y también la de la responsabilidad. Como explica Kahneman, normalmente tomamos decisiones en base a intuiciones y deseos, siendo muy infrecuente que subordinemos nuestro deseo impulsivo a un proceso de discernimiento más complejo. Sin darnos cuenta, la mayoría de las veces nuestros deseos, que nacen de un impulso, terminan confundidos con las acciones que emprendemos 'voluntariamente'. Esa mecánica, propia de las decisiones que tomamos y de las acciones que tomamos, se repite porque, como explica Kahneman, el Sistema 1 actúa automáticamente y el Sistema 2, que es bastante perezoso, sólo se pone en funcionamiento cuando advierte algo notablemente infrecuente o amenazante (14).

Dicho de otro modo: normalmente el Sistema 2 convalida las intuiciones que parten del Sistema 1. La mayoría de las acciones que suponemos voluntarias no son más que un deseo impulsivo que fue convalidado por el sistema de control más racional que poseemos y que actúa con mucha pereza. Estos mecanismos

mentales, que pueden parecer inquietantes, son la verdadera explicación de las acciones y las decisiones que tomamos incesantemente.

Antes de seguir adelante, nos permitimos un breve paréntesis. No es que somos inducidos a la comodidad por fuerzas exógenas, sino que aspiramos a esa comodidad cognitiva de manera natural. Es preciso, en primer lugar, entender que la búsqueda de esa forma de confort del intelecto no es una comodidad que merezca ponderación despectiva, sino que es parte de la naturaleza y humana.

Algunos intelectuales de peso, como el Premio Nobel de Literatura Mario Vargas Llosa, le reprochan a la tecnología en general y a la internet en particular la mayor pereza intelectual del ser humano. En un artículo, publicado en el diario La Nación, el famoso escritor directamente culpa a la internet de quitarnos concentración y acentuar nuestra pereza intelectual (15).

Nosotros, sin embargo, creemos que el problema no está en internet, sino en lo que Kahneman explica respecto a la tendencia natural a economizar esfuerzos. En esa racionalización de energías se basa el predominio del Sistema 1 sobre la escasa actividad del Sistema 2.

Facundo Manes explica que el uso de la tecnología para aliviar el esfuerzo intelectual no es un indicio de mala salud, sino que ese ahorro nos permite administrar mejor la energía intelectual que tenemos (16).

Hay que ver a la tecnología como una magnífica herramienta que nos permite ahorrar energía intelectual sin derrocharla en cosas que están a nuestro alcance con solo tocar la pantalla del teléfono. Tan simple como eso.

III) Las compras compulsivas y el arrepentimiento en el sistema legal argentino.

En trabajos anteriores hemos abordado la cuestión del consumo compulsivo desde otro punto de vista que ahora profundizamos a la luz de los nuevos estudios (17). Sin embargo, sería injusto soslayar que el sistema normativo actual ha diseñado herramientas jurídicas de protección que alivian el serio problema que constituye el consumo impulsivo. Para ello, tanto en la ley de defensa del consumidor, como en el Código Civil y Comercial, se legisló una figura muy particular conocida con el nombre de derecho al arrepentimiento que, en los hechos, actúa como un discernimiento retroactivo.

El derecho al arrepentimiento consiste en permitir que nos retractemos de una adquisición si luego de realizarla advertimos que actuamos en forma más impulsiva que reflexiva. Estas normas permiten que los consumidores decidan, luego de efectuada la compra, si quieren confirmarla o si deciden revocarla.

Así, el art. 34 de la ley 24.240 establece que cuando las compras fueron efectuadas fuera del establecimiento comercial (por medios electrónicos, por ejemplo) se concede al adquirente un plazo de 10 días para que revoque, sin expresión de causa, la contratación (18).

Como bien señala Enrique Pita, consiste en subordinar el consentimiento otorgado a una decisión posterior que todavía no conocemos. Este autor, señala otra cuestión de importancia: el derecho a revocar es irrenunciable porque su aplicación es imperativa (19). Las normas que estamos examinando se hacen cargo de esa doble disposición mental que describe Kahneman y proporcionan una solución acertada (20).

Además, debe señalarse como una circunstancia digna de mención que la doctrina nacional, prácticamente en forma unánime, ha recibido favorablemente esta herramienta de tutela. Ello a pesar de ser una norma sumamente disruptiva del régimen tradicional de los contratos porque privilegia la equidad a la seguridad jurídica. En el derecho de revocación, articulado en la ley de defensa del consumidor y en el Código Civil y Comercial constituye, el Derecho asume -como pocas veces lo hace - la existencia de un sujeto sorprendido y con un discernimiento debilitado.

Para nosotros, esta situación lejos de ser excepcional es la más frecuente en el comercio actual (21). El factor sorpresivo y la disminución de los atributos de la voluntad son la regla general con independencia de que la

compra haya sido concretada dentro o fuera del establecimiento comercial.

No es una cuestión de lugares, sino de la estructura mental de los sujetos. En la forma que tenemos de consumir juegan algunas nociones de la psicología del comportamiento, tales como la tentación y el autocontrol. Veamos. El bien que se nos ofrece activa un placer inmediato que actúa como el motor de arranque de un impulso que prevalece sobre las elucubraciones racionales sobre la conveniencia o necesidad de efectuar la compra.

Richard Thaler explica que conviven en nosotros dos sujetos. Uno es un planificador racional que interroga sobre la necesidad y conveniencia de hacer un compra y el otro es un ser impulsivo que solo busca una satisfacción transitoria pero inmediata(22). Es decir, estamos habitados por dos fuerzas que nos ocasionan tensión: el deseo y su restricción. Las decisiones de autocontrol, que tienden a restringir un deseo, son muy difíciles de implementar: es habitual que evitemos lo razonable y sigamos al impulso. Cualquiera de nosotros puede comprobarlo recordando experiencias propias. Al momento de hacer una compra lo que menos deseamos es escuchar una razonable voz en off interrogándonos si la compra es conveniente o necesaria. Cuando estamos en el modo consumo, lo más probable es que bajemos el volumen de la razón hasta hacerlo inaudible.

El derecho de arrepentimiento es, en definitiva, una forma de intervención del Estado en las relaciones particulares; su finalidad es actuar como un mecanismo de autocontrol que refuerza la voluntad del sujeto consumidor. Es oportuno recordar que los autores Thaler y Sunstein también se refieren, en términos positivos, a la intervención del Estado cuando ella es útil para incrementar el auto control frente a consumo impulsivo(23).

Otra cuestión importante para destacar es que si bien el derecho al arrepentimiento está limitado a las compras realizadas fuera de los establecimientos comerciales (art. 1110 CCyC y 34 LDC(24)) no pude soslayarse que ese tipo de operatoria comercial está cada más extendida. Dicho de otro modo: cada vez son menos las operaciones de consumo efectuadas en las tiendas del proveedor y cada vez son más las compras 'on line'. Dentro de muy poco, aquello que hoy llamamos contratación tradicional será un formato jurídico en extinción(25).

Según encuestas de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CAE), en la primera mitad del año 2019, la facturación por comercio electrónico aumentó un 56% respecto al mismo período del año anterior. En lo que va del año 2019 se han facturado bienes y servicios por un valor aproximado de \$ 160.000 millones(26).

Asimismo, la aceptación del consumo on line no deja de sorprendernos: en la actualidad, nueve de cada diez personas hizo, al menos, una compra on line y 7 de cada diez compró on line en el último año(27). La mayoría de las personas tiene opinión favorable respecto a las compras remotas, lo que asegura que el e-commerce seguirá avanzando sin ningún obstáculo.

Finalmente, hay otro dato que llama aun más la atención: más allá de los procesos inflacionarios, que tan frecuentemente castigan a nuestro país, la facturación diaria por compras on line aumentó más de un 20% entre el 2018 y el 2019. Ello indica que, a pesar de la fuerte recesión económica, el comercio electrónico sigue activo(28).

Todas estas estadísticas remarcan la importancia de las normas protectorias que hemos examinado. Cada vez habrá más consumos online y esa circunstancia acentúa la necesidad de que el sistema normativo ofrezca más y mejores soluciones para esta modalidad que, en poco tiempo más, va a desplazar a las compras tradicionales.

IV) La verdad como un fenómeno ilusorio.

Entre los muchos tópicos que trata Kahneman en Pensar rápido, pensar despacio, aparece uno que nos llama la atención. Se llama las Ilusiones de verdad. (IV) Este fenómeno es descripto por Kahneman como una técnica para lograr que enunciados falsos sean aceptados como si fueran verdaderos. Para

ello, se trabaja sobre la apariencia de verosimilitud; es decir, sobre aquellas características del enunciado falso que permitan que sea percibido como verdadero. La clave está en disfrazar la formulación falsa con características verosímiles para evadir los controles racionales del Sistema 2.

Las falsedades bien armadas, casi siempre pasan el examen rápido y superficial del Sistema 1 porque se presentan como enunciados que son fáciles de comprender y que resultan familiares o parecidos a experiencias anteriores. Se trata de afirmaciones que, por tener esas características, no generan una tensión cognitiva y son aceptadas sin ser sometidas a una prueba de veracidad más exhaustiva. Ese enunciado que solo en apariencia es verdadero no podría pasar el examen más riguroso del Sistema 2. Es decir, para crear una ilusión de verdad exitosa la mentira debe ser lo suficientemente creíble para no levantar sospechas en el primer nivel del sistema cognitivo. Como explica Kahneman, el enunciado falso debe ser amigable y generar facilidad cognitiva(29).

Un método sencillo para crear IV consiste en rodear una mentira de otras mentiras que sean percibidas como notablemente más mentirosas. El truco consiste en esconder un enunciado falso entre otros que, por ser manifiestamente falsos, no podrían pasar ni siquiera el examen más superficial del Sistema 1. Los enunciados notablemente falsos (Un perro de tres patas) generan tensión cognitiva mientras que aquellos que son dudosos (Un pollo cuadrúpedo) tienen más probabilidades de no activar los controles del Sistema 2. En resumen: si se rodea a un enunciado falso de otros que son manifiestamente falsos, el menos falso tiene más chances de ser percibido como verdadero. Veamos un ejemplo.

Si se debe elegir entre dos afirmaciones, una que dice El plazo para presentar determinada prueba judicial será de cinco días y otra que dice, El plazo para presentar determinada prueba judicial será de 13 días, la mayoría de los abogados elegirá la primera opción (sin consultar si es cierta) porque el plazo de cinco días le es familiar mientras que el de 13 días es absolutamente inusual en el sistema procesal que conocemos los abogados. Ello determina que, aun siendo falsas las dos alternativas, mayoritariamente se elija como verdadera a la primera que nos es más familiar, más amigable y más homogénea con nuestra experiencia procesal. Las informaciones que aparentan familiaridad pasan desapercibidas y no exigen el control más riguroso de nuestro aparato cognitivo.

Kahneman nos ofrece un ejemplo mucho más descriptivo que involucra a un supermercado que vende pollos de cuatro patas, que son verdaderos, y pollos de tres patas que son falsos. Por más que todos sepamos que el pollo tiene dos patas, es más creíble el pollo cuadrúpedo que el motorizado por tres patas. Ello se debe a que conocemos cientos de especies animales que caminan a cuatro patas, pero sabemos, hasta intuitivamente, que ninguna especie camina en tres patas. Así, el pollo trípodo genera incomodidad cognitiva y pone en alerta los mecanismos de control dispuestos por el Sistema 2 mientras que un pollo de cuatro patas, debido a su familiaridad con las especies cuadrúpedas, tiene más chances de pasar desapercibido(30).

La 'ilusión de verdad, entonces, describe cómo funcionan algunos de los mecanismos mentales que utilizamos para asignar valor de verdad o falsedad a distintas afirmaciones. La cuestión asume mayor importancia cuando debemos decidir rápidamente si la calidad de un producto anunciada en la publicidad es verdadera (al menos parcialmente) o si es deliberadamente falsa. La compra de un producto en gran medida depende de la eficacia de la IV expuesta en las publicidades que lo promociona. Ese es el motivo por el cual los grandes proveedores gastan fortunas en publicidades; todos saben que, sin la creación de una ilusión de verdad convincente, el producto no puede prevalecer en un mercado que es salvaje, no solamente para los consumidores sino para los proveedores que compiten entre sí.

La ilusión de verdad que describe Kahneman pone en evidencia que la información que recibimos de los proveedores puede ser suministrada en forma tal que genere un oasis distorsivo de la realidad. Hay técnicas específicas para lograr que un mensaje confuso, o directamente falso, sea recibido como si

fuera verdadero. Una buena forma de crear una ilusión de verdad es enviar un mensaje sencillo de entender, fácil de recordar, escrito con letras claras y revestido con colores convocantes(31).

En un experimento, especialmente diseñado para comprobar cómo funcionan a gran escala estos fenómenos de la ilusión, se mostraban dos fechas que consignaban el año en el que murió Hitler. Las dos fechas anotadas eran falsas; sin embargo, una estaba escrita con letra más clara que la otra. Esta circunstancia resultó ser determinante para que la mayoría de las personas dijieran que la fecha escrita en forma más entendible era la verdadera. La claridad del texto y las letras utilizadas habían generado esa 'ilusión de verdad'.

Otra de las claves para generar IV consiste en que el mensaje sea fácil de recordar utilizando palabras pegadizas o frases que rimen. Eso explica el éxito y la larga duración de los aforismos. Decir al que madruga Dios lo ayuda, tiene un valor de verdad que supera cualquier otro intento de convencer a una persona para que se levante más temprano. En definitiva: los mensajes creíbles deben ser sencillos para que se comprendan sin requerir la intervención del Sistema 2(32).

V) Un caso real de ilusión de verdad: la Coca-Cola de las 149 calorías.

Ahora veamos cómo puede usarse este efecto para manipular nuestro discernimiento en las relaciones de consumo. Para ello tomemos un ejemplo famoso, ocurrido en México en el año 2013, que tiene como protagonista a Coca-Cola.

En el transcurso de una campaña publicitaria, el gigante de las gaseosas presentaba un envase que promocionaba con la leyenda 149 calorías. Luego, el aviso ofrecía detalles de lo fácil que resultaba eliminar del cuerpo esas calorías con pocos ejercicios diarios, como andar en bicicleta o bailar con los amigos unos minutos. La campaña, como ocurre con todos los productos de la marca Coca-Cola se hizo rápidamente muy popular.

Durante la campaña, dos agencias federales de protección a los consumidores, (33) a instancia de una ONG, iniciaron un procedimiento administrativo que determinó que las 149 calorías que prometía el aviso publicitario se correspondían a un envase de 355 ml y no a la tradicional botella plástica de 600 ml. El envase más chico (el de la publicidad) era prácticamente desconocido por los consumidores mexicanos que, en su gran mayoría, consumen la gaseosa en su versión de 600 ml. Este último contenía 252 calorías.

El lector fácilmente puede advertir que la ilusión de verdad consistió en hacer pasar por verdadero que al tomar 600 ml. de gaseosa se ingresaban al organismo 149 calorías. Ese número clave era lo único que recordaban los consumidores que habían visto la propaganda miles de veces. La repetición del aviso era suficiente para evitar que el consumidor medio coteje la cantidad de líquido correspondiente a las 149 calorías prometidas(34). Es que, cotejar la cantidad de líquido ingerido con las calorías que ingresan al organismo supone una tensión cognitiva que no puede resolverse intuitivamente, sino que requiere la intervención más racional del Sistema 2.

El sistema cognitivo, luego de escuchar tantas veces la frase 149 calorías, se habitúa a ese dato y ya no se toma la molestia de chequear si la botella de Coca-Cola que toma diariamente es igual o más chica o más grande que la del anuncio publicitario. Los consumidores, acostumbrados al eslogan de las 149 calorías, universalizaron ese dato para aplicarlo a todos los envases de Coca-Cola.

Como explica Kahneman, una de las trampas más habituales para conseguir una ilusión de verdad consiste en familiarizar un dato para que sea aceptada como una verdad. Una vez que los consumidores se habitúan a escuchar '149 calorías' le asignan a ese dato un valor universal aplicable a todos los envases de la gaseosa(35).

No hace falta decir que la compañía sabía, casi con rigor matemático, que por cada cliente que advertiría la pequeña trampa cognitiva otros miles la

pasarían por alto solamente para seguir pensando que es posible tomar mucha Coca-Cola ingresando pocas calorías al organismo. Se combinan en forma peligrosamente exitosa dos limitaciones humanas: la ilusión de verdad y el optimismo exagerado, y de esa mezcla se forma buena parte de las corporaciones más grandes del planeta. Los proveedores ofrecen lo que los consumidores quieren, sin considerar si eso que se pretende es verdadero, falso, posible o imposible.

El engaño se nutre con la voluntad de ser engañado o, para ser más condescendientes con el consumidor, con su dificultad para resistirlo. Es muy difícil luchar contra la tentación de una gaseosa que, además de ser adictivamente rica, es saludable. La clave es hacer creíble aquello que jamás podría ser creído; pero, esa operación requiere de la indispensable ayuda de la propia víctima. Para lograr ese efecto, no hay nada mejor que enviar un mensaje optimista como el que supone la posibilidad de comer mucho sin engordar. Las publicidades activan todo nuestro optimismo porque sus creativos saben que las reacciones alegres actúan como un relajante que nos hace más permeables a los engaños publicitarios(36).

Las grandes compañías estudian psicología conductual y neurociencias aplicadas. Es por eso, entre otras muchas razones, que pensamos que es necesario que estos nuevos conocimientos sean incluidos en nuestras escuelas de derecho.

VI) La ilusión de Verdad (IV) como forma dolosa. Su aplicación en nuestro ordenamiento normativo.

Los proveedores que comercializan masivamente bienes y/o servicios envían, en forma permanente, mensajes publicitarios que contienen ilusiones de verdad. El uso de estos mecanismos tan disimulados como ilegales está fuertemente impulsado por las nuevas tecnologías de la comunicación. La publicidad, no solamente induce a comprar un bien determinado desechando otro similar, sino que actúa creando la necesidad de consumir aquello que nos resulta innecesario. Lorenzetti, entre nuestros autores de prestigio, habla de una demanda creada por la publicidad y un consumo cautivo por la falta de opciones. En eso consiste, básicamente, el consumo por oferta de servicios que desplazó casi por completo al consumo por demanda(37).

Las publicidades engañosas o deliberadamente falsas repotencian la idea de dolo porque ocupan el lugar de la información.

Aída Kemelmajer, en otro de sus muy interesantes artículos, alude a la publicidad como la industria de la persuasión que funciona bajo el régimen de proporciones invertidas; así, cuanto menor sea la información disponible para los usuarios y consumidores, mayor será el poder persuasivo que sobre ellos ejerza la publicidad.

Esta afirmación contiene una conclusión que desgraciadamente es tan probable como pesimista. Veamos. Si la publicidad es imprescindible para el tráfico y, a su vez, la publicidad persuade mejor a personas peor informadas, no es difícil concluir que el tráfico de bienes y servicios prospera con la escasez de la información y la persuasión de las campañas publicitarias. Esto equivale a decir que una dosis de actividad dolosa tendiente a disimular lo verdadero, retaceando información, es esencial al comercio actual(38). En un sentido, que sabemos que es un poco simbólico pero que sospechamos que es bastante real, el comercio a gran escala involucra un sistema doloso que circula por dos vías; a saber: en el primer nivel, se esconde la información real y en el segundo, se persuade con falsedades publicitarias.

Lorenzetti explica cómo funciona esta frontera sensible que separa ilegalidad dolosa de la actividad empresaria lícita. Este autor explica que la información es un bien intangible, un valor que como tal es susceptible de apropiación, de protección legal y también de explotación comercial. Es decir: es lícito ser el propietario de información y es legal exigir protección legal para ese bien tan costoso(39). Conviene aclarar que Lorenzetti se refiere a relaciones de lealtad comercial entre empresas rivales del mercado y no a las relaciones que ellas establecen con los usuarios y consumidores. En este último caso, el autor señala que la información no puede retacearse (40).

Sin embargo, ese borde imaginario que separa relaciones de consumo de relaciones empresarias es demasiado impreciso. Piense el lector que aquello que se permite ocultar a la empresa competidora puede ser información neutra para el consumidor, pero también puede ocurrir que sea esencial para la clientela de ambos. Es que, en definitiva, las relaciones entre las empresas siempre terminan afectando a su clientela porque el objeto de toda acción comercial tiene un punto de convergencia excluyente: el sujeto que consume los bienes y servicios que le ofrecen los proveedores.

La existencia de esta línea tan incierta, entre el derecho a retener la información y la disimulación de lo verdadero que define al dolo (art. 271 CCyC), propicia la intervención del Estado como regulador de las relaciones de consumo. Como bien señala Aida Kemelmajer, sin esa intervención corremos serio peligro de que las publicidades determinen con su influencia los aspectos más íntimos de nuestra vida(41).

Para ir terminando este desarrollo, cabe agregar que el dolo de nuestros días se encuentra en un nivel primario que se relaciona con el volumen de información que el consumidor dispone antes de la celebración del contrato. Es por eso que pensamos que el efecto de crear ilusiones de verdad constituye un vicio que afecta la validez de los actos jurídicos. A estas alturas, nos parece evidente que no puede denominarse voluntario un acto jurídico que fue determinado por un oasis de verdad desbordado de ilusiones.

Una vez acreditado que la operación de consumo se concretó utilizando una IV, pensamos que deben aplicarse, prácticamente en forma automática, las indemnizaciones extraordinarias previstas en el actual art. 52 bis de la LDC. No es dudoso pensar que quien utiliza estas herramientas sabe que está engañando y que lo hace con la finalidad de obtener un mayor rédito.

VII) Nuestro aporte para posibles reformas legislativas.

Siguiendo los lineamientos del Código Civil y Comercial sería posible y necesario que una eventual reforma de la ley de defensa del consumidor incluyera a la 'ilusión de verdad' en el Capítulo referido a la responsabilidad de los proveedores.

Es que, volviendo a coincidir con Tobías, creemos que la noción de dolo como vicio de la voluntad debe resignificarse a la luz de las nuevas técnicas del marketing (42).

Las normas que pensamos que deben ser incluidas en futuras reformas deberían tener los siguientes contenidos:

a) Definición: La ilusión de verdad es un mecanismo por el cual se induce a creer que es cierto algo que es falso. La IV es una acción dolosa que consiste en la aserción de lo falso o la disimulación de lo verdadero.

b) Remisión: Se aplicará supletoriamente lo dispuesto en los arts. 271 a 275 del CCyC (43).

c) Prueba. Sin perjuicio de la obligación de colaboración impuesta a los proveedores de bienes y servicios en el art. 53, párrafo tercero, de la LDC, y de las facultades judiciales previstas en el art. 1735 del CCyC, quien invoque el vicio de IV deberá ofrecer y producir la prueba conducente para acreditar la existencia del vicio (44).

d) Daños punitivos. Acreditada la existencia de una IV corresponde la aplicación de las indemnizaciones previstas en el art. 52 bis. Ello, sin perjuicio de la aplicación de las restantes indemnizaciones que correspondiera aplicarse(45).

e) Factor subjetivo de atribución. Se aplicará lo dispuesto en el art. 1724 CCyC(46).

VIII) Terminaciones.

a.- Según Daniel Kahneman, nuestra estructura mental se organiza por medio de dos sistemas que conviven. El Sistema 1, es intuitivo y está condicionado por reglas más emocionales que racionales. El Sistema 2 que es racional y reflexivo y se utiliza para tomar decisiones complejas.

b.- La mayoría de las decisiones que tomamos están impulsadas por el Sistema

1, que es puramente emocional, sin intervención del aparato más racional de nuestra mente. Sin embargo, el acto jurídico voluntario, que requiere discernimiento e intención del sujeto, implica una intervención del Sistema 2 en la teoría de Kahneman.

c.- Si un acto jurídico se concreta por reacciones más emocionales que racionales lo más probable que ese acto jurídico tenga vicios de nulidad insalvables.

d.- Sin perjuicio de lo dicho, el Derecho está pensado en función de un sujeto que es más racional que intuitivo. Eso genera una tensión entre el funcionamiento real de las personas y el sistema normativo.

e.- El acto voluntario que define el art. 260 del CCyC se parece más a una quimera jurídica que a una descripción inherente al quehacer humano. Este divorcio entre el sujeto real y el postulado por la ley tiene graves implicancias. Implica, en primer término, que buena parte de la Teoría General del Acto Jurídico está equivocada porque parte de un principio general falso: los actos humanos tienen menos discernimiento que impulsos.

f.- La mayoría de las operaciones de consumo se concretan por un deseo impulsivo antes que por un discernimiento intencionado. Eso justifica que el sistema normativo haya diseñado herramientas jurídicas de protección que alivian las consecuencias negativas del consumo impulsivo. La ley de defensa del consumidor (art. 34, LDC) y el Código Civil y Comercial (arts. 1110 a 1116, CCyC) han previsto una herramienta jurídica protectora, comúnmente denominada derecho al arrepentimiento, que permite revocar los actos luego de celebrados. Este arrepentimiento funciona como un discernimiento retroactivo que permite hacer primero la compra y luego discernir acerca de su conveniencia.

g.- La ilusión de verdad es una técnica para lograr que enunciados falsos sean aceptados como si fueran verdaderos. Para ello, se trabaja sobre la apariencia de verosimilitud. La clave está en disfrazar la formulación falsa con características verosímiles para evadir los controles racionales del Sistema 2. Las ilusiones de verdad ponen en evidencia que la información que recibimos de los proveedores puede ser suministrada en forma tal que genere un oasis distorsivo de la realidad.

h.- Las publicidades engañosas o falsas repotencian la idea de dolo en tanto, deliberadamente, disimulan lo verdadero y afirman una falsedad.

i.- Siguiendo los lineamientos genéricos contenidos en el Código Civil y Comercial, nos parece que sería posible y necesario que una futura reforma de la ley de defensa del consumidor incluya a la 'ilusión de verdad' en el Capítulo referido a la responsabilidad de los proveedores.

Notas al pie:

1) Fernando Shina: Doctor en Ciencias Jurídica, UCA, 2019.

2) Shina, Fernando, Una nueva teoría general de los contratos, Publicado en: SAIJ, 5 de abril de 2019, Citar: Id SAIJ: DACF 190067.

3) Cuando pensamos en nosotros mismos, nos identificamos con el Sistema 2, con el yo consciente, racional, que tiene creencias, hace elecciones y decide qué pensar y qué hacer. Aunque el Sistema 2 crea estar donde está la acción, el protagonista de este libro es el Sistema 1. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 35).

4) Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 35.

5) De hecho, el art. 260 del CCyC es un exagerado elogio a la capacidad de discernir de los seres humanos.

6) Teniendo a la vista lo que venimos exponiendo, es fundamental resaltar que la enorme mayoría de las decisiones económicas de las personas corrientes se toman con el "Sistema 1", como bien lo estudió Daniel Kahneman, es decir, se adoptan decisiones económicas en forma rápida, automática, veloz, intuitiva y emocional. (Sobrino, Waldo, (Contratos de consumo o vínculos de consumo?, Publicado en: La Ley 16/07/2019, Cita Online: AR/DOC/1743/2019).

7) Las tres condiciones internas que configuran el acto voluntario están mencionadas en el artículo unidas por la conjunción 'y'; ello significa que todas deben concurrir para que -junto con la manifestación - se configure el acto voluntario. La ausencia de cualquiera de ellas acarrea la involuntariedad del acto. (Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T II, p. 176).

8) Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T I, p. 177.

9) Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial

Comentado..., T I, p. 177.

10) Puede decirse, en definitiva, que hay intención cuando el comportamiento de la persona se corresponde con el preciso propósito que tuvo y, desde ese aspecto, no hay inconveniente en aceptar que discernimiento e intención no son escindibles como si fueran compartimientos estancos: el discernimiento se concreta con el propósito de realizar el acto. (Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T I, p. 178).

11) Comporta la posibilidad de celebrar un acto sin coacciones externas, es decir, el poder elegir espontáneamente entre varias determinaciones. (Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T I, p. 178).

12) (1) El solo hecho de que la vendedora por boleto haya tenido 75 años de edad al momento de suscribir el mismo -o incluso que a esa fecha estuviera viviendo en un geriátrico- no puede llevar a concluir sobre su discernimiento a la hora de realizar un negocio inmobiliario. En efecto, la sola consideración de la avanzada edad de una persona no puede llevar al juzgador a inferir sin más una merma en sus aptitudes intelectuales, o en su capacidad para desenvolverse en el ámbito negocial, o más concretamente, su falta de discernimiento para realizar un acto jurídico de disposición patrimonial. (Iacovelli, Luisa y otro vs. Sucesores de Marisa E. Sagraria s. Escrituración /// CCC Sala II, Mar del Plata, Buenos Aires; 22/03/2019; Rubinzal Online; 149430; RC J 2112/19).

(2) El consentimiento, para tener efectos jurídicos debe expresarse con discernimiento, intención y libertad y se presumirá válido cuando no estuviese viciado por error, dolo o violencia. Si concurre alguno de esos vicios, el acto es anulable porque supone la falta de un elemento esencial de la voluntad: en los dos primeros, la intención, mientras que, en el último, la libertad (Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil", Ed. L.L., 2008, Bs. As., Parte General, T. II, págs. 297/8). (Sistema Integrado de Extensión Médica Preventiva Siempre S.A. vs. YPF S.A. s. Ordinario - Siempre S.A. s. Concurso preventivo - Incidente de revisión por la concursada al crédito de YPF S.A. /// CNCom. Sala E; 29/08/2012; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 9651/12).

(3) ... pues los actos humanos se presumen ("juris tantum") efectuados con intención; de manera que para que tal actuación dolosa fuera suficiente para justificar la nulidad del acto, el actor debió acreditar que reunía los recaudos exigidos por el Cciv: 932; mas, nada de esto ha sido acreditado por el accionante, por lo que cabe confirmar la sentencia de primera instancia. (Del voto en disidencia del Dr. Vasallo). (Pereyra, Sergio Daniel vs. Provincia Seguros S.A. s. Ordinario /// CNCom Sala D; 03/08/2009; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 24950/09).

(4) En principio el acto lícito debe considerarse válido, por ello dependerá de la prueba, si es anulable. (art. 921, Código Civil). Hasta aquí la enunciación de los vicios de la voluntad mientras que los vicios de los negocios jurídicos son la simulación, el fraude y la lesión. Mientras los primeros producen la anulabilidad de probarse su existencia, el fraude causa la inoponibilidad y la lesión, el reajuste o la nulidad. (R., J. C. vs. C. V., M. J. s. Nulidad /// CNCiv. Sala J; 07/06/2016; Rubinzal Online; 49065/2014; RC J 3677/16).

13) El Sistema 2 es movilizado para que el esfuerzo aumente cuando detecta que estamos a punto de cometer un error. Recuerde el lector aquella vez en que estuvo a punto de soltar una frase ofensiva y lo difícil que le resultó recuperar el control. En suma, la mayoría de las cosas que pensamos y hacemos (Sistema 2) se originan en el Sistema 1, pero el Sistema 2 toma las riendas cuando esas cosas se ponen difíciles, y es él normalmente el que tiene la última palabra. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 40).

14) El Sistema 1 actúa automáticamente y el Sistema 2 se halla normalmente en un confortable modo de mínimo esfuerzo en el que solo una fracción de su capacidad está ocupada. El Sistema 1 hace continuamente sugerencias al Sistema 2: impresiones, intuiciones, intenciones y sensaciones. Si cuentan con la aprobación del Sistema 2, las impresiones e intuiciones se tornan creencias y los impulsos, acciones voluntarias. Si todo se desarrolla sin complicaciones, como ocurre la mayor parte del tiempo, el Sistema 2 acepta las sugerencias del Sistema 1 con escasa o ninguna modificación. Generalmente damos crédito a nuestras impresiones y cumplimos nuestros deseos, y eso está bien... por lo común. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 39).

15) Un buen día descubrió que había dejado de ser un buen lector y, casi

casi, un lector. Su concentración se disipaba luego de una o dos páginas de un libro y, sobre todo, si aquello que leía era complejo y demandaba mucha atención y reflexión, surgía en su mente algo así como un recóndito rechazo a continuar con aquel empeño intelectual. Así lo cuenta: "Pierdo el sosiego y el hilo, empiezo a pensar qué otra cosa hacer. Me siento como si estuviese siempre arrastrando mi cerebro descentrado de vuelta al texto. La lectura profunda que solía venir naturalmente se ha convertido en un esfuerzo". Preocupado, tomó una decisión radical. A finales de 2007, él y su esposa abandonaron sus ultramodernas instalaciones de Boston y se fueron a vivir a una cabaña de las montañas de Colorado, donde no había telefonía móvil e Internet llegaba tarde, mal y nunca. Allí, a lo largo de dos años, escribió el polémico libro que lo ha hecho famoso. Se titula en inglés *The Shallows: What the Internet is Doing to Our Brains* y, en español: *Superficiales: (Qué está haciendo Internet con nuestras mentes?* (Taurus, 2011). Lo acabo de leer, de un tirón, y he quedado fascinado, asustado y entristecido. (Mario Vargas Llosa, *La Nación*, 6-08-2011, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/mas-informacion-menos-conocimiento-nid1395507>, Captura: 19-10-2019).

16) En otras circunstancias ya se dio de igual modo la preocupación por las novedades tecnológicas ligadas a la información y el impacto en nuestra mente. Sin embargo, el ser humano aún goza de buena salud. Estos procesos críticos nos permiten, más bien, dar cuenta de un aspecto fundamental de nuestra conformación biológica: la naturaleza limitada de la propia memoria. Como todo bien limitado, actuamos en consecuencia protegiéndolo y utilizándolo con un sentido de la oportunidad. Si aprendemos que la capacidad para acceder a un dato está tan solo a una búsqueda en Google de distancia, decidimos entonces no destinar nuestros recursos cognitivos a recordar la información, sino a cómo acceder a la misma. A diferencia de lo que plantea Vargas Llosa en su artículo... buscar instintivamente la información en Google es un impulso sano. (Manes, Facundo - Niro, Mateo, *Usar el cerebro*, Buenos Aires, Planeta, 2019, p. 150).

17) Entre nuestros hábitos de consumo aparece, cada vez con más frecuencia el de comprar aquello que no necesitamos en el momento en el que no queremos comprar nada. En efecto, a menudo se repiten situaciones en las cuales somos sorprendidos por vendedores u ofertas de ventas en lugares donde esas operaciones no debían concretarse... Esta técnica comercial tan repetida, que consisten sorprender al consumidor cuando no está dispuesto a realizar ninguna compra, es regulada por la ley de defensa del consumidor en los arts. 32 a 35. (Shina, Fernando, *Sistema legal...*, p. 133).

18) Art. 34 LDC. Revocación de aceptación. En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.

19) Según ya fuera señalado, lo específico de las modalidades descriptas en los artículos 32 y 33 de la LDC y 1104 y 1105 del CCyC, en orden a sus efectos jurídicos, es conferirle al consumidor la posibilidad de revisar su decisión, de poner el consentimiento en ralenti y dejar así sin efecto un contrato que, a la postre, visualiza como perjudicial a sus intereses. A esos fines se regula, en los artículos 34 y 1110 del CCyC, el instituto del arrepentimiento con la finalidad de reintegrarle al consumidor la posibilidad de ponderar la conveniencia -con nuevos elementos de juicio- de una contratación que la técnica empleada para concretarla le ha arrebatado y así evitar que un consentimiento contractual que ha sido prestado en una situación forzosa despliegue los mismos efectos que un consentimiento manifestado en un proceso negocial ordinario. El derecho al arrepentimiento está previsto, con carácter imperativo e irrenunciable, para los supuestos enunciados en la ley... (Pita, Enrique Máximo, *Contratos a distancia y celebrados fuera de los establecimientos comerciales*, Rubinzal Culzoni, *Revista de Derecho de Daños, Consumidores* Tomo: 2016 1, Cita: RC D 1168/2017).

20) Art. 1110 CCyC. Revocación. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a

partir de la celebración del contrato. Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce. Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente. Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos.

21) De su redacción se infiere que esta revocación, también conocido como derecho de arrepentimiento, tiene la finalidad de rescindir aquellas operaciones de consumo -compraventa o prestación de servicios - en las cuales el consumidor haya sido sorprendido por el proveedor o no haya tenido el tiempo necesario para reflexionar sobre la necesidad de contratación, en virtud del entorno, la publicidad o el marketing llevado a cabo. (Alterini, J - Alterini I, en Alterini, Jorge H., (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado, Buenos Aires, La Ley, 2016, T V, p. 955).

22) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 59).

23) En algunas situaciones, la gente incluso puede desear que el Gobierno le ayude a afrontar sus problemas de autocontrol. En los casos extremos los gobiernos pueden prohibir determinadas actividades (como el uso de heroína, la prostitución o conducir borracho) ... En otros casos, los individuos prefieren que el Gobierno no intervenga tanto. Por ejemplo, a los fumadores les pueden beneficiar los impuestos sobre el tabaco con el objeto de reducir el consumo sin prohibirlo. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 64).

24) El art. 34 de la LDC, se refiere a las ventas domiciliarias o por correspondencia. Empero, ambos textos legales aluden a las operaciones comerciales realizadas fuera de un establecimiento comercial tradicional.

25) El derecho de revocación o arrepentimiento constituye un derecho relevante dentro del ámbito de aplicación de la contratación fuera del establecimiento comercial del proveedor. Sin embargo, a poco que indagemos, veremos que su espacio o campo de aplicación es mucho más amplio, puesto que 'desarrollo de los medios de comunicación masivo y la tecnología provocaron el surgimiento de la contratación sin intervención interpersonal... (Alterini, J - Alterini I, en Alterini, Jorge H., (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado, Buenos Aires, La Ley, 2016, T V, p. 956).

26) La Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE) anuncia los resultados del Comercio Electrónico en el primer semestre 2019 en el marco de la 13va edición del e-Commerce Day Buenos Aires. En los primeros 6 meses del año, el e-Commerce en la Argentina facturó \$ 152.619 millones de pesos, lo que representa un incremento del 56% con respecto al mismo período 2018. (Ver, <https://www.cace.org.ar/noticias-crece-el-ecommerce-en-el-primer-semestre-del-ano>, Fecha de captura: 12-10-2019).

27) Según el informe, 9 de cada 10 personas ya compraron alguna vez online, y 7 de cada 10 lo hizo en el último año. Esto refleja que nos encontramos ante una industria cada vez más madura y confiable, siendo que cada vez más argentinos eligen el canal online y expresan que sus experiencias de compra online son altamente satisfactorias. (Ver, <https://www.cace.org.ar/noticias-crece-el-ecommerce-en-el-primer-semestre-del-ano>, Fecha de captura: 12-10-2019).

28) En los primeros 6 meses del 2019 se facturaron más de 843 millones de pesos por día y la cantidad de órdenes de compra realizadas aumentaron un 21% en comparación al año anterior. Esto nos demuestra que los consumidores recurren con mayor frecuencia y adoptan esta modalidad como un hábito cada vez más cotidiano, declarando una experiencia de compra satisfactoria en todo el proceso. (Ver, <https://www.cace.org.ar/noticias-crece-el-ecommerce-en-el-primer-semestre-del-ano>, Fecha de captura: 12-10-2019).

29) Uno de estos indicadores es la facilidad cognitiva, y su rango se encuentra entre 'ofacilidad' y 'tensión'. La facilidad es un signo de que las cosas van bien; no hay riesgos, no hay novedades importantes, no hace falta reconducir la atención o emplear esfuerzo. La tensión indica que existe un problema que requerirá mayor movilización del Sistema 2. Sucede entonces lo contrario: experimentamos tensión cognitiva. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 84).

30) Hemos de observar, sin embargo, que la frase 'Un pollo tiene tres patas' es más obviamente falsa que 'Un pollo tiene cuatro patas'. Nuestra maquinaria asociativa ralentiza el juicio sobre la última frase anunciando el hecho de que muchos animales tienen cuatro patas, y quizá también el de que en los supermercados a menudo se venden patas de pollo en bandejas de cuatro. El

Sistema 2 ha dejado pasar esta información... ((Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 87).

31) Otro consejo: si su mensaje va a imprimirse, utilice papela de buena calidad para maximizar el contraste entre los caracteres y el fondo. Si usa colores, es más probable que le crean si su texto aparece impreso en azul celeste o en rojo que en todos medios de verde, amarillo o azul pálido... Además de hacer que su mensaje resulte sencillo, procure que sea un mensaje que pueda recordar. Ponga sus ideas en verso, si puede; será más probable que se consideren verdaderas... Finalmente, si cita una fuente, elija una con un nombre que sea fácil de pronunciar. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 89-90).

32) Recuerde que el Sistema 2 es perezoso, y el esfuerzo mental causa aversión. Los receptores de mensajes preferirán estar... lejos de todo lo que les sugiera esfuerzo, incluida una fuente de nombre complicado. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 90).

33) Comisión Federal para la Protección contra los Riesgos Sanitarios (COFREPIS) y Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO).

34) Seguramente te ha tocado ver la campaña "149 calorías" de Coca Cola, y es que es imposible no verla pues invade espectaculares, televisión, radio, internet, revistas y periódicos, -está en todos lados! Pues bien, la Procuraduría Federal del Consumidor y la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios han ordenado que se retire esta campaña por considerarla "engañosa y constituir un riesgo a la salud", además, la compañía será acreedora a una multa millonaria. (Cuál es el problema con la campaña? Ambas instituciones coincidieron en que esta campaña tiene varios elementos engañosos, ya que asocian el consumo del producto con la felicidad, sin mencionar que son de alto riesgo para la salud y en buena parte responsables de la gran epidemia de obesidad, sobrepeso y diabetes no solo en México sino en todo el mundo. Coca Cola y su campaña "149 calorías" quieren hacer creer a la gente que beber este refresco no es tan dañino y no aporta una cantidad significativa de calorías a quien la consume. En letras pequeñísimas, la compañía advierte que 149 calorías se aplican para un refresco de 355 ml, nunca te dicen que si tomas un refresco de 600 ml consumes 252 calorías, lo cual se considera publicidad engañosa. (Ver, <http://eldiariodelanena.com/prohiben-en-mexico-la-campana-149-calorias-de-coca-cola/>, Fecha de captura: 13-10-2019).

35) Una manera segura de hacer que la gente crea falsedades es la repetición frecuente, porque la familiaridad no es fácilmente distinguible de la verdad. Las instituciones y los marketers autoritarios siempre han tenido conocimiento de este hecho. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 88).

36) El buen humor relaja el control del Sistema 2 sobre la acción: estando de buen humor, nos volvemos más intuitivos y más creativos, pero también menos cautelosos y más propensos a los errores lógicos. El buen humor es una señal de que las cosas van bien en general, de que el entorno es seguro, de que todo está en orden y podemos bajar la guardia. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 97).

37) La demanda es creada por la publicidad, el marketing... la creación de situaciones jurídicas de cautividad. 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 necesidad, porque se desea un estatus particular al que va asociado el producto, porque se ganó un sorteo, porque se está en una situación cautiva que obliga a comprar; se pagan precios porque no hay otras opciones, se adquieren accesorios porque están adheridos inevitablemente al bien que se desea. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, Parte General, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, p. 840).

38) Se ha dicho, quizás con alguna exageración, pero con gran realismo, que "el derecho del consumidor a recibir una información adecuada que le permita hacer elecciones bien fundadas se vulnera sistemáticamente mediante las distintas técnicas de comunicación (difusión, divulgación) y en especial las publicitarias, llenas de sugestión pero escasas de información, encaminadas a la persuasión, como mecanismos motivantes e incentivadores del consumo, incluso más allá de la satisfacción de necesidades. La publicidad se ha convertido, lisa y llanamente, en la industria de la persuasión". Aún más, se ha comprobado que la eficacia persuasiva de la publicidad es, como regla, directamente proporcional a la escasez de información; el consumidor se encuentra en una situación de incerteza que le impide seleccionar racionalmente el producto o servicio, restringe la espontaneidad de su

elección, relativiza su poder de decisión y disminuye su libertad de contratar. (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Publicidad y Consumidores, Rubinzal - Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo: 1994 5 Consumidores, Cita: RC D 977/2012).

39) Las investigaciones que haga una empresa sobre un aspecto determinado son información privada. La información es un bien apreciado, tiene valor económico, y consecuentemente tiene protección jurídica. Este distinción hace posible que exista un derecho a retener la información privada y no un deber de revelarla. Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, ... p. 389.

40) Las posiciones sobre la extensión del deber de informar deben precisar si se refieren a las relaciones de consumo, porque en este caso se justifica una ampliación al variar la carga de autoinformación por aplicación del principio protectorio... En los contratos de consumo se justifican estas ampliaciones, pero no en los contratos de empresa, ya que las circunstancias forman parte del paquete informativo que cada parte debe proveerse y si el hecho es imprevisible podrá solicitar la revisión del contrato por excesiva onerosidad. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, ... p. 391 y 392).

41) El Estado no puede permanecer ajeno a una problemática tan compleja. Dice Packard que "si el negocio de la publicidad se deja sin control, lo más probable será que acabe por dominar nuestras vidas". El constante desarrollo de nuevos métodos de venta, como pedidos por teléfono, teleshopping, etcétera, aumenta la necesidad de una adecuada vigilancia. No se trata de intervenir en todo, pero sí de tomar medidas contra aquello que viola el orden público económico; no puede desconocerse, sin embargo, que es el propio Estado el que incumple su deber "cerrando los ojos" ante cientos de campañas publicitarias que contradicen la legislación vigente. (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Publicidad y Consumidores, Rubinzal - Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo: 1994 5 Consumidores, Cita: RC D 977/2012).

42) Es posible afirmar, por lo tanto, contrariamente a lo que ha afirmado, que la aparición de las modernas técnicas negociales (contratos por adhesión, contratación masiva, etc.) como de comunicación (especialmente las modernas técnicas publicitarias), acentúan la necesidad de una reelaboración de las tradicionales técnicas de protección de la voluntad, de modo que, sin afectar la seguridad jurídica y estabilidad de los negocios, ellas posibiliten una mayor justicia contractual. (Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T II, p. 287).

43) Como ya hemos dicho, la creación de IV es una de las formulaciones que asumen las conductas dolosas y, como tales deben seguir lo dispuesto en la ley general que trata sobre el dolo como vicio de los actos jurídicos.

44) Tratándose de una acción dolosa, no encontramos obstáculos legales para aplicar el criterio general que surge del art. 1734 del CCyC.

45) Naturalmente, la creación de IV es contrario a la ley y, además, su uso es doloso, razón que justifica que una vez acreditada su existencia se aplique la indemnización extraordinaria prevista en el art. 52 bis de la LDC.

46) En el caso de la creación de ilusiones de verdad, la conducta deliberada del agente es relevante para atribuir responsabilidad. No se concibe la existencia de una IV sin la participación deliberada del agente. Por lo tanto, el factor subjetivo del agente es determinante del daño y eso justifica que la responsabilidad siga un factor subjetivo de atribución. Ello, sin perjuicio del deber de colaboración que pesa sobre los proveedores en el marco de las relaciones de consumo.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 6 DE NOVIEMBRE DE 2019
:
Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.260, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.271 al 275, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1110 al 1116, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1724, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1735, Ley 24.240 Art.34, Ley 24.240 Art.52, Ley 24.240 Art.53

La autonomía de la voluntad como regla contrafáctica. El derrumbe del Derecho Privado tradicional
SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 7 DE FEBRERO DE 2020

TEMA

CONTRATOS-LIBERTAD DE CONTRATAR-AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

TEXTO

I) Presentación.

En este breve ensayo, que compartimos con los lectores de SAIJ, proponemos describir cómo la noción de autonomía de la voluntad fue utilizada para organizar el funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico y cómo, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, el sistema normativo comenzó a organizarse en base a otros principios. La noción de una voluntad autónoma tuvo, en efecto, diversa aceptación y alcance a lo largo de un recorrido que se inicia en 1871 y termina con la aparición del Código Civil y Comercial en agosto de 2015.

La ley 26.994, que derogó el viejo Código Civil y puso en marcha el nuevo Código Civil y Comercial, nos muestra que la intervención del Estado en la contratación privada es mucho más activa que en el pasado y, asimismo, se remarca que esa injerencia se consolida hacia el futuro. Como bien señalan Julio César Rivera y Daniel Crovi: En el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales, una cierta intervención del Estado a favor de las personas con menor poder de negociación lo que se traduce en la limitación del papel de la autonomía de la voluntad y en algunos límites impuestos al ejercicio de los derechos subjetivos(2).

II) El lento retroceso de la autonomía de la voluntad en la doctrina nacional.

En el orden nacional, la doctrina ha tenido una posición pendular frente al tema que examinamos. No obstante, se advierte -con escasas excepciones- un sostenido retroceso de la regla de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual como ejes exclusivos y excluyentes de la teoría general del acto jurídico de la que deriva el contrato, máximo exponente de la regla de la autonomía de la voluntad.

Mosset Iturraspe, que sin dudas es uno de los autores clásicos que mejor marca los límites del debate en torno de la autonomía de la voluntad, señala, a mitad de camino entre interrogante retórico y la reflexión: (Es justo regular el Mercado? (Y, en caso de serlo, en qué términos? El debate sobre estas cuestiones no es nuevo; por un lado, los empresarios, los comerciantes, vienen sosteniendo, desde la Edad Media, a partir de la 'lex mercatoria', con apoyo del pensamiento liberal, que hay que dejar hacer, dejar pasar, que el Mercado se regula a sí mismo a través de reglas invisibles y normas espontáneas. Esa actitud es la justa y equitativa, lo contrario, intervenir, dirigir, ordenar, sólo conduce a la distorsión del Mercado, al retraimiento de los personajes activos, los dueños del Mercado, los proveedores, comerciantes e industriales(3).

Si no se advierte que la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la obligatoriedad de los contratos forman parte de una trama inseparable de contenido jurídico-económico se corre peligro de caer en la discusión superficial que se agota en cuestiones teñidas de ideología(4).

Por cierto, pensamos que es más enriquecedor analizar la vinculación de la teoría económica del liberalismo con la teoría general de los actos jurídicos. Una visión integrada de la economía y el derecho es esencial para elaborar institutos jurídicos que mejoren la difícil compatibilidad entre la libertad contractual y la equidad en las relaciones jurídicas.

El desarrollo tecnológico sumado a la comercialización masiva de bienes y servicios demuestra que es un error intentar un examen teórico del Derecho sin considerar las leyes básicas de la economía capitalista.

Adam Smith (1723 - 1790) al explicar su teoría sobre la riqueza de las naciones pone en el tapete la relación directa entre la ejecución obligatoria de los contratos y el progreso de la economía. La regla pacta sunt servanda

es - definitivamente - una herramienta que asegura el funcionamiento de los mercados descritos por el capitalismo. Para Smith y los pensadores del liberalismo tradicional que le siguieron, cualquier restricción legal al cumplimiento de la palabra empeñada en los contratos repercute desfavorablemente en la seguridad jurídica y, por añadidura, termina afectando negativamente el funcionamiento de los mercados.

El respeto ciego a la palabra empeñada está vinculado al tráfico de riqueza y a garantizar el cumplimiento de los contratos (sean justos o injustos) antes que a constituir un atributo de la dignidad del hombre. Se trata de una regla económica antes que un principio moral. Confundir una herramienta de la economía con un postulado ético fue un deliberado malentendido promovido por los mismos intereses que defienden a rajatabla el principio de la autonomía de la voluntad.

Federico De Lorenzo propone una lúcida confrontación teórica entre la autonomía de la voluntad (que denomina autonomía privada) y los derechos fundamentales (dentro de los que incluye -principalmente- a la dignidad del ser humano y los derechos personalísimos).

Nosotros coincidimos con el autor citado porque ese confronto de tensiones busca equilibrios allí donde la espontaneidad no tiende al justo medio, sino a sus excesos. Dicho de otro modo: la libertad contractual, por sí sola, no garantiza la existencia de equidad; más bien produce el efecto contrario dando ocasión a lo que De Lorenzo llama el uso 'nihilista de la autonomía de la voluntad' (5).

Atilio Alterini es otro de nuestros grandes doctrinarios nacionales que, mucho tiempo atrás, advirtieron que en los últimos 30 años la sociedad modificó paradigmas que la habían acompañado por varios miles de años(6). Sin embargo, nos sorprende desfavorablemente la contraposición entre el pensamiento vanguardista de Atilio Alterini, que describe una sociedad en la que el sujeto es más protagonistas del futuro que del presente, y la concepción del actual legislador reformista que, al regular la nueva teoría contractual, nos remite a principios que brillaron hace más de un siglo y que se apagaron al finalizar el siglo XX. En efecto, la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, resalta el principio de la libertad contractual, la obligatoriedad del contrato y la no intervención de los negocios paritarios, como si esas reglas debieran ser ratificadas en vez de superadas por una concepción más realista(7). Se impone que el Derecho se oriente hacia una concepción más humanista del sujeto

III) La contrafactividad de la autonomía de la voluntad.

Una buena de nuestro pensamiento está orientado a explicar que la noción conceptual que conocemos como autonomía de la voluntad es, en realidad, una regla contrafáctica que se niega a sí misma. Se trata de un enunciado constitutivo de la libertad del individuo, pero que, casi sin excepciones se materializa mediante renunciaciones o restricciones de los derechos individuales. Veamos más detenidamente la contradicción que describimos.

En incontables ocasiones este concepto ha sido utilizado para justificar que una de las partes (siempre la más débil) renuncie a un derecho o limite su aptitud para ejercerlo o alivie la responsabilidad al otro contratante que, invariablemente, es la parte más fuerte del negocio. El concepto de autonomía de la voluntad tiene, por ese motivo, una condición reversible que sirve para justificar la libertad de unos pocos y la resignación del resto

IV) El injusto obligatorio, la igualdad de los desiguales, la injusticia particular, y el bienestar general.

(a) La igualdad genérica y la desigualdad particular. En este tópico vamos a examinar tres cuestiones importantes relacionadas con los contenidos de la libertad contractual, la obligatoriedad de los contratos y la noción de equidad como meta para lograr el bienestar general.

Para ello, vamos a dar por sentado que es posible que existan contratos que

fueron celebrados voluntariamente por las partes y que, al menos aparentemente, no contienen vicios que permitan declarar su nulidad. Es decir, se trata de acuerdos celebrados con discernimiento, intención y libertad (art. 260, CCyC) pero que, al mismo tiempo, son injustos.

Esta clase de contratos contienen una particularidad que los hace especialmente incómodos para el normal funcionamiento de una teoría general aceptable: se trata de acuerdos formalmente válidos, legalmente obligatorios, pero realmente inequitativos. A decir verdad, abundan los acuerdos injustos y obligatorios; para comprobarlo alcanza con revisar alguna de las muchas ejecuciones de títulos de crédito que contienen intereses que superan la benévola categoría de abusivos y se acercan a la noción más criminal de la usura.

En segundo lugar, se echará una mirada a los términos de la llamada libertad contractual. (Es posible, acaso, hablar de libertad contractual entre contratantes cuya desigualdad de fortalezas y oportunidades es tan notoria? (Es verdaderamente libre el trabajador que contrata con el patrono o el consumidor que lo hace con el proveedor de bienes y servicios?)

Finalmente, con ayuda de algunos pensadores de la filosofía, vamos a examinar si es posible alcanzar el bienestar general aceptando la irritante idea de que existen contratos que son, en simultáneo, injustos y obligatorios y que se atribuye la misma libertad a personas profundamente desiguales.

Este esquema de igualdades genéricas y diferencias particulares muestra una sociedad integrada con individuos igualados nominalmente por la titularidad de los derechos, pero profundamente desiguales a la hora de ejercerlos. Ronald Dworkin (1931 - 2013) es uno de los importantes pensadores que explica este desnivel tan desalentador(8):

Y por el lado de las libertades individuales, las asimetrías se repiten con la misma intensidad que en las cuestiones relacionadas con la igualdad. Es posible afirmar que todos los hombres son libres e iguales en el sentido genérico, pero esto no impide reconocer que la posición socioeconómica privilegiada de un grupo minoritario mantiene un predominio irreversible sobre el otro grupo que es abrumadoramente mayoritario(9).

La teoría contractual paritaria se estructura en base a sujetos que tienen una igualdad nominal de derechos, pero que permanecen separados por el notable desnivel que cada uno de ellos tienen a la hora de ejercer esos derechos.

El esquema ideal debe buscar una forma de compatibilizar la libertad contractual y la desigualdad de los sujetos que forman el binomio contractual(10). Ello, a nuestro modo de ver, requiere de una intervención del Estado que haga compatible la libertad contractual entre sujetos desiguales.

No se trata de negar que la libertad individual sea en un verdadero motor del progreso real del individuo, pero tampoco se puede caer en el pensamiento supersticioso de suponer que esas iniciativas, sin ninguna regulación estatal, son suficientes para lograr la realización individual y el bienestar colectivo(11).

(b) Del injusto particular al bienestar general. En el campo de la teoría política, autores como John Rawls (1921 - 2002) explican, en términos morales, este esquema de igualdades abstractas y divergencias concretas(12).

Rawls describe una idea moral que justifica la desigualdad como parte de un proceso social que concluye en un mayor bienestar general. La cuestión es presentada por este autor como una forma de desigualdad justa o, al menos, dotada de una finalidad moral que hace que deba ser tolerada solidariamente por toda la sociedad; pero, sobre todo, por las clases menos aventajadas. En definitiva, según esta idea, las clases desfavorecidas serían las beneficiarias finales de este aparente sacrificio(13).

La reflexión nos lleva a analizar si, efectivamente, esa tolerancia solidaria

que las partes le prestan al sistema concluye en una reparación justa en favor de los grupos menos privilegiados de la sociedad.

Para enriquecer nuestro análisis sobre la autonomía de la voluntad habrá que determinar si esa diferencia de poderíos que los patronos y los proveedores tienen sobre los obreros y los consumidores concluye en un mayor bienestar general. Porque si no fuera así, estaríamos frente a una mera injusticia que debería ser prevenida por el Estado con leyes que regulen esas asimetrías.

Luego, seguirá siendo necesario establecer si el régimen de desproporciones contractuales es una injusticia tolerable, que viene acompañada con la promesa de bienestar, o si se trata de un privilegio injusto que lesiona irreversiblemente el postulado de la libertad prometida en el concepto de las voluntades autónomas.

Hannah Arendt (1906 - 1975) describe cómo esa igualdad contractual es nominal e insuficiente porque no supera el nivel formal(14). La igualdad formal que surge de la libertad contractual no se hace cargo del estado de necesidad en el que cada contratante llega a celebrar ese acuerdo de apariencia paritaria. La necesidad del contratante más débil ocupa el lugar de una violencia social que fue desplazada y atenuada, pero sin ser erradicada. Sufre la violencia de la necesidad el asalariado que no llega con su salario a cubrir los gastos del mes y también la sufre el consumidor alienado que consume lo que ni siquiera sabe si desea consumir. En este último aspecto, coincidimos con Alterini cuando nos habla de la manipulación de las publicidades que hacen de las novedades y las modas(15).

En definitiva, y frente al pensamiento de John Rawls se alzan otras ideas que critican rigurosamente las asimetrías alegando que ellas no tienen ninguna finalidad moral ni, mucho menos, aspiraciones de bienestar general. Son -aseguran- las reglas del mercado y del capitalismo clásico que tienen a la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad como sostén principal.

La intervención del Estado, en desmedro del reinado de un derecho que más que privado parece privatizado, implica una evolución histórica social y cultural. Es indudable que las sociedades modernas perciben las intervenciones del Estado como un factor determinante del bienestar común y no como una forma de avasallamiento de los derechos individuales. Es este el cambio paradigmático que intentamos poner de relieve cuando hablamos de los cambios profundos que ha recibido el Derecho privado. La autonomía de la voluntad, como regla aseguradora de las libertades individuales, no logró superar el nivel de las igualdades formales ni disimular los profundos desniveles materiales que permitía.

Nos parece apropiado, para cerrar este tópico, compartir una reflexión del notable pensador Yuval Harari (1976, Universidad de Jerusalén) referida a la evolución de los Derechos Humanos y su estricta relación, no solo con los avances científicos y tecnológicos, sino también con las políticas públicas: Durante los últimos cien años, los avances tecnológicos, económicos y políticos han creado una red de seguridad cada vez más robusta que aleja a la humanidad del umbral biológico de la pobreza. De cuando en cuando se producen aún hambrunas masivas que asolan algunas regiones, pero son excepcionales y casi siempre consecuencia de la política humana y no de catástrofes naturales. En la mayor parte del planeta, aunque una persona pierda el trabajo y todas sus posesiones, es improbable que muera de hambre(16).

B La autonomía de la voluntad en el derecho privado tradicional.

i) Presentación.

El sistema normativo argentino gira alrededor de un sujeto que presume que actúa voluntariamente. Esto quiere decir que el Derecho ha organizado todo el sistema a partir de la concepción de una persona cuya conducta supone subordinada al dictamen de su voluntad. En una palabra, para el derecho el sujeto es un ente plenamente racional.

Dentro de esa concepción, que el Derecho comparte con la ciencia política y la economía, la voluntad del sujeto es el elemento indispensable para la

elaboración de los tres pilares del derecho privado; a saber: a) el acto jurídico; b) el contrato; c) la responsabilidad.

En ese sentido, no debe olvidarse que los jurídicos concretados sin voluntad o con voluntad viciada son nulos. La relación entre la voluntad del sujeto y la nulidad del acto marca la relevancia que este concepto tiene en la construcción del Derecho privado. La nulidad es un remedio para aliviar los vicios que pueden afectar la voluntad del sujeto tales como el error, el dolo o la violencia (conf., arts. 265 a 278, CCyC). La voluntad es un concepto tan estrechamente vinculado al acto jurídico que su ausencia lo aniquila.

ii) La autonomía de la voluntad en la clásica teoría general del acto jurídico.

El Código Civil y Comercial se ocupa de la teoría general de los hechos y actos jurídicos en el Libro I - Título IV - Capítulo 1 a 9, arts. 257 a 397.

En primer lugar, vamos a examinar superficialmente el Capítulo 1 (arts. 257 a 264) donde se explica cómo la voluntad es el elemento condicionante del acto jurídico.

El art. 257 del CCyC se refiere a los hechos jurídicos. Se trata de acontecimientos que más allá de producir efectos jurídicos son ajenos a la voluntad del sujeto. Sólo cuando el acontecimiento está vinculado con el individuo se convierte en un acto jurídico que, a su vez, puede ser voluntario o involuntario. Sin ingresar en distinguos más profundos, vamos a considerar que los hechos jurídicos descritos en el art. 257 del CCyC son eventos de la naturaleza ajenos a la intervención directa del individuo(17).

El art. 258 dispone que: El simple acto lícito es la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. En este caso, nos encontramos con la voluntad de hacer algo, pero sin la intención de concretar una relación jurídica. El acto es voluntario, pero su consecuencia jurídica es determinada por la ley antes que por la intención real del sujeto.

Es decir, el simple acto lícito es un voluntario sin finalidad jurídica concreta; su ejecución no está subordinada por la adquisición, la modificación o la extinción de una relación jurídica.

El artículo 259, a su turno, dispone que: El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. En este caso la voluntad del sujeto está dirigida a concretar un resultado jurídico. Nos encontramos, entonces, frente a un negoció jurídico ideado y puesto en marcha por las partes. La voluntad está dirigida a la obtención de un resultado jurídico (adquisitivo, modificadorio o extintivo) que determina la realización de las acciones necesarias para lograr ese fin(18).

El art. 260, que para nosotros es trascendental, se ocupa de introducir el concepto de acto voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior. En este caso, el código unificado presenta una novedad: incluye en el mismo texto los requisitos internos de la voluntad y el hecho objetivo exterior que la representa. La voluntad jurídicamente relevante depende de un acto externo al sujeto que la represente en el mundo material(19).

Para Campagnucci de Caso, sin esa declaración que exteriorice la voluntad no se llega a concretar la idea implícita en el acto jurídico. La voluntad y su declaración forman una trama inescindible(20). Más aun: para que pueda hablarse de voluntad debe haber coincidencia entre lo deseado internamente por el sujeto y su representación exterior(21).

Para Bueres, el acto jurídico depende de un equilibrio entre los aspectos psíquicos de voluntad y aquellos relacionados con su declaración. El autor sostiene la posibilidad de que exista una voluntad que contenga impurezas tanto en su concepción interna como en su manifestación(22). Bueres, en definitiva, privilegia la certeza del acto y la seguridad del tráfico(23).

Para terminar, en el art. 261 del CCyC se dispone que será involuntario el acto concretado sin discernimiento(24).

Como puede verse, el concepto de voluntad y el de manifestación de voluntad

dominan todo el armado del acto jurídico dentro del ordenamiento actual. Sin una manifestación de la voluntad no habrá acto jurídico(25).

En conclusión: lo propio del acto jurídico es la voluntad que nace en la subjetividad del individuo y la manifestación que la representa en el mundo material.

Dejamos, con todo merecimiento, el cierre del tópico al Maestro Llambías porque en la escuela nacional no hubo otro jurista que haya relacionado con más intimidad la trama que vincula al acto jurídico con la autonomía de la voluntad: La teoría del acto jurídico reviste en el derecho la mayor importancia, por cuanto dicho acto es el medio por el cual el hombre impone un orden de relaciones jurídicas adecuado a las diversas finalidades que se propone alcanzar. Un sector amplio del derecho privado ha sido entregado por el legislador, en lo substancial, al gobierno de los particulares. Son las relaciones jurídicas de contenido patrimonial, que quedan sometidas en su regulación al principio de la autonomía de la voluntad(26).

iii) La autonomía de la voluntad en la clásica teoría general del contrato. El Código unificado establece la existencia de tres categorías contractuales que funcionan con reglas propias y diferenciadas(27). Nos referimos a los contratos paritarios, los contratos de adhesión, y los contratos de consumo. Los principios que rigen a los paritarios son: a) la libertad contractual (art. 958, CCyC); b) la fuerza obligatoria del acuerdo celebrado entre partes (efecto relativo de los contratos, art. 959, CCyC); c) la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución del contrato (art. 961, CCyC); d) la no intervención judicial en los acuerdos privados (art. 960, CCyC).

La regla que guía a estos contratos es la autonomía de la voluntad representada por la libertad de contratación, la obligatoriedad de los acuerdos y la no intervención oficial en el ámbito de la negociación privada. La libertad de las partes, aludida en el art. 958, se basa en la autonomía de la voluntad de los contratantes. Los sujetos únicamente pueden negociar condiciones si tienen una voluntad autónoma que no esté afectada por vicios que arruinen el discernimiento, la intención y la libertad del sujeto. La regla general sigue siendo la autonomía privada y la excepción la intervención del contrato cuando aparecen violaciones al orden público. Se parte de la idea de libertad y se recurre a la intervención oficial solamente cuando esa idea de libertad tiene alguna falla(28).

Sin embargo, la realidad contractual de nuestros días es inversa: en muy pocos casos la autonomía de la voluntad es el elemento predominante del negocio jurídico. He aquí el primer tropiezo del Derecho Privado: se parte de un sujeto en el que predomina sus aspectos racionales, omitiendo que la inmensa mayoría de las decisiones que tomamos a diario, son más emocionales, más compulsivas y más sesgadas que subordinadas al dictamen de la razón. Desde las neurociencias, los autores se cansan de decirnos que dejemos de ver al sujeto como entes puramente racionales disociados de su actividad emocional consciente e inconsciente. Así, Helena Matute (Psicóloga, Universidad de Deusto, Bilbao, España), nos señala que: No podemos detenernos en todos y cada uno de los engaños y errores conocidos de nuestra mente, pero lo que me gustaría especialmente es poder transmitirles la idea de lo falibles y poco racionales que somos todos, para que ustedes, una vez se convengan de que no son esos seres racionales que creen ser, acepten humildemente que están sesgados..., que cometen tantísimos errores... , y que a partir de ahí podamos empezar poco a poco a leer más, y a poner remedio a toda esta carga de los sesgos que llevamos encima(29).

A estas alturas del siglo 21, pensar al derecho sin entender los sesgos, conscientes e inconscientes del comportamiento humano, y sin tener conocimientos mínimos de las nuevas teorías de la psicología cognitiva es hacer leyes, equivale a vaciar de todo contenido a la ciencia jurídica.

Desgraciadamente, algo esto nos está pasando a los doctrinarios nacionales. Hasta ahora no fuimos capaces de advertir que los pilares del derecho privado tradicional se han derrumbado, siendo necesario establecer los nuevos cimientos. Seguimos enseñando en nuestras universidades un derecho que no es clásico, sino anacrónico porque está dirigido a un sujeto puramente racional

que no es real. Es hora de dar vuelta la página de un derecho que sostiene como hipótesis fundante del sistema que tomamos decisiones inspiradas en el discernimiento y la intención.

iv) El comienzo del fin de la autonomía de la voluntad: la constitucionalización del derecho privado.

En los últimos tiempos se ha convertido en un lugar común hablar de una novedosa constitucionalización del derecho privado. Se trata de una noción que, en definitiva, representa una mayor intervención del Estado en las relaciones jurídicas privadas. Ricardo Lorenzetti, uno de los protagonistas centrales de esta vanguardia académica, señala algunos rasgos característicos de este concepto:(30).

La cercanía entre lo público y lo privado que destaca Lorenzetti, no puede implicar otra cosa que no sea una mayor intervención oficial en el ámbito de la contratación privada que, a su vez, determina una mayor restricción de la autonomía de la voluntad. El contraste entre la injerencia estatal y el retroceso del individualismo resalta el interés que este tema tiene para nuestro trabajo. El citado autor refuerza la idea y sostiene que: El ámbito público se ha contractualizado, ya que se han impuesto los análisis de Rawls en el derecho político y la base contractualista en las decisiones colectivas. Como ya lo hemos señalado, el origen de la ley es similar al de un contrato, porque requiere del consentimiento y del acuerdo. En el orden privado, inversamente, avanza el orden público en numerosas situaciones...(31).La mención a John Rawls (1921 - 2002) nos permite inferir que Lorenzetti auspicia una intervención racional del Estado que morigere la disparidad que adolecen los contratantes en el ámbito del derecho privado(32).

Sin perjuicio de compartir el contenido teórico de estas reflexiones, no podemos soslayar que ellas describen un deseo que, desafortunadamente, no es representativo de la realidad de nuestro derecho privado donde aún se siguen celebrando muchos contratos estructuralmente abusivos que son autorizados por las agencias oficiales de control (p.ej., Superintendencia de Seguros de la Nación) y tolerados por la Corte Suprema de la Nación(33).

v)Las idas y vueltas de nuestra jurisprudencia Desafortunadamente, en nuestra jurisprudencia, la proximidad entre el derecho privado y el público no es más una declamación doctrinaria autoelogiosa sin correlato en la jurisprudencia(34). Las sentencias que diariamente vemos no concuerdan con la descripción enfática y optimista que parte de la doctrina realiza al referirse a la mentada constitucionalización de los derechos privados(35). Por el contrario, cada vez que llegan a tribunales pleitos que involucran a compañías de seguros, la balanza que mide los pesos constitucionales se inclina en favor de las aseguradoras, desautorizando a los doctrinarios que, dando muestras de un cierto aislamiento de la realidad, hablan de una 'humanización' de los derechos del consumidor(36).

No podemos omitir mencionar que la Corte Suprema suele dictar fallos que derrochan elogios en favor de la más tajante divisoria entre los ámbitos público y lo privado de contratación, sin contemplar ninguna manifestación de la supuesta 'constitucionalización del derecho privado' tan pregonada por la doctrina de van-guardia.

A modo de ejemplo, podemos recordar que en el caso "Flores v. Giménez" (junio de 2017) la Corte Suprema dijo: ... Que sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños padecidos por las víctimas constituye un principio constitucional que debe ser tutelado y que esta Corte ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 957, 959 y 102, Cód. Civil y Comercial de la Nación) pues los damnificados revisten la condición de terceros frente a aquellos que no participaron de su realización, por lo que si pretenden invocarlo, deben circunscribirse a sus términos (art. 1022, Cód. Civil y Comercial de la Nación) (37).

La Corte Suprema permanece ajena a la constitucionalización de los derechos. En otros trabajos hemos criticado severamente esta posición que juzgamos muy

regresiva de la Corte Suprema en materia de contratos de seguros(38).

Empero, mucho más importante que nuestra crítica es la que realizan otros fallos recientes que parecen más ajustados a los tiempos que corren y a la constitucionalización de los derechos.

Así, en el caso Papagno, Mariela v. Lado, Daniel, y otros, la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (septiembre de 2017) el juez Liberman señaló en su voto: Estoy acercándome al final de mis días como juez con más incertidumbre que certezas. Creía que la ley, que el Derecho, estaban para dar a cada uno lo suyo; que nuestro país institucionalizado iba en pos de afianzar la justicia y promover el bienestar general. Creía que los derechos humanos eran de los seres humanos y no de las compañías de seguro. Creía en muchas cosas e instituciones. Creía que el Derecho argentino era bastante más que el art. 68 de la ley 24.449 (literal o torcidamente interpretado) y los arts. 109 y 118 de la ley de seguros. Esta creencia surgía de los estudios de doctrina y jurisprudencia. Pero parece que cuando se trata de ver cómo manejar ciertas cuestiones del seguro contra la responsabilidad civil, el máximo tribunal nacional (o una mayoría de él) limita el Derecho a esos pocos artículos de sendas leyes. No hay Constitución nacional, no hay tratados internacionales, no hay a considerar un sistema, un plexo normativo de rango inferior. De modo que la única certeza que tengo es que nací en el siglo XX. Creí que estaba transitando el siglo XXI. Tengo ahora la sensación de que estoy envejeciendo en el siglo XIX(39).

Y más adelante, el mismo fallo dice: Es francamente llamativa la omisión de la Procuración y la Corte relativa a las normas tuitivas de los consumidores. Esta absoluta prevalencia de la ley de seguros y de lo que dispuso arbitrariamente la Superintendencia del ramo, desgajándola del sistema jurídico argentino como un todo, y de la Constitución -su pilar y vértice-, parece ir de la mano con ese perimido criterio de regular las relaciones entre proveedores y consumidores a través de normas comerciales, interpretadas por jueces comerciales... No alcanza con llenarse la boca o hacer correr ríos de tinta con los derechos humanos. Los jueces debemos hacer su defensa to-dos los días en cada caso, por minúsculo que sea. Esa doble obligación resarcitoria, concurrente con la del responsable primario, estriba, por un lado, en el fraude a la ley...(40).

Para terminar, y sin perjuicio de las críticas apuntadas, debemos reconocer el surgimiento de una doctrina y una jurisprudencia nacional que procura lograr un acercamiento real entre el Derecho público y el privado(41).

Notas al pie:

1) Fernando Shina, Doctor en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2019.

2) Rivera, Julio César, Medina Graciela, Derecho civil y comercial, Parte General, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017, p.15.

3) Mosset Iturraspe, Jorge en: Alegria - Mosset Iturraspe, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-1, Eficacia de los derechos de los consumidores, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 14.

4) La responsabilidad civil debe resarcir daños, no teniendo por misión a acoger meras susceptibilidades o afanes crematísticos desbordados. No comprender ello equivale directamente a no entender qué es sustancialmente la responsabilidad civil o a confundirla con la seguridad social, lo que es inaceptable legal y conceptualmente. La ideología de la reparación ha pretendido ir desgranando o disolviendo cada uno de los cuatro presupuestos clásicos de la reparación -daño causado y probado, relación causal adecuada entre el daño y la actuación del dañador, antijuridicidad del daño y factor de atribución de responsabilidad al dañador-, de modo de irlos diluyendo y, finalmente, hacerlos desaparecer. Paralelamente esa tendencia ha sacralizado al daño, al que pretende entronizar como el único presupuesto importante de la reparación. Uno cuya sola presencia convierte al damnificado en legitimado activo de un resarcimiento. Una segunda manifestación de esta ideología finca en la consideración favorable de la actuación de la víctima, que nunca se aprecia culpable en la medida suficiente para la autorresponsabilidad total o parcial (López Mesa, Marcelo, La culpa, la ideología de la reparación y la responsabilidad civil, Bs. As., Microjuris, 1998, Cita: MJ-DOC-4444-AR | MJD4444).

5) De Lorenzo, Miguel F., *Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana*, Bs. As., La Ley, 19/10/2011, LA LEY 2011-E-1258, Cita Online: AR/DOC/3517/2011.

6) El largo período de diez mil años iniciado con la denominada revolución agraria fue clausurado hace sólo dos siglos por la revolución industrial, que se caracterizó "por el crecimiento de la población, por la aplicación de la ciencia a la industria y por un empleo del capital más intenso y más extenso a la vez", en coexistencia "con la conversión de comunidades rurales en urbanas y con el nacimiento de nuevas clases sociales", y una "oferta más abundante de bienes que se ofrecían al consumidor ordinario" (Ashton). La Era de la sociedad industrial llegó prontamente a su ocaso. ... La nueva realidad provocó modificaciones profundas en las conductas y en las expectativas, produciendo una ruptura en el proceso de endoculturación, mediante el cual se ha mantenido a través de la historia la unidad cultural de las sociedades... La rápida respuesta jurídica a los cambios se explica especialmente porque el Mundo entra en la primera de las Edades de la Historia en la que hay conciencia contemporánea del tránsito a tiempos nuevos y distintos: ... Hoy, por lo contrario, la información en tiempo real de los sucesos del Universo hace posible tener un esquema suficientemente completo de la situación global, y apreciar los síntomas del cambio, y sus consecuencias, simultáneamente con su producción. (Alterini, Atilio A., *El consumidor en la sociedad posmoderna*, Bs. As., LA LEY, 1996-E-818, RCyS2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001).

7) Las disposiciones generales comienzan con la definición del contrato. Se sostiene que es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Se incorporan algunos principios jurídicos aplicables en la materia, que constituyen la base sobre la cual se asienta la noción dogmática y que son los siguientes: La libertad de las partes para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público. La fuerza obligatoria mediante la cual el contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o en los supuestos que, sobre adecuación del contrato, están previstos por la ley (Zannoni - Mariani de Vidal - Zunino - Shina - Ramos, *Código Civil y Comercial...*, p. 285).

8) La pobreza constituye un curioso tema para la filosofía reflexiva; solo parece ser apto para el escándalo y la lucha. En la mayoría de los países ricos, la distancia entre las personas de posición acomodada y los pobres es inconmensurablemente grande; en algunos, incluido, Estados Unidos, esa distancia crece sin pausa... Las teorías de la justicia distributiva exhortan de manera casi inevitable a una reforma radical en las comunidades capitalistas avanzadas, donde se las estudia con mayor avidez. Pero la posibilidad práctica de algo parecido a la reforma que propician es remota. (Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. Horacio Pons, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 428).

9) Según datos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, a nivel mundial, más de 800 millones de personas aún viven con menos de 1,25 dólares al día y muchos carecen de acceso a alimentos, agua potable y saneamiento adecuados. Ver Informe Naciones Unidas en, <http://www.un.org/es/events/povertyday/>, Captura, 10/12/2017.

10) El tema de la dignidad en su relación con la teoría contractual es un capítulo aún por construir. Indudablemente, la relación entre dignidad, libertad y autodeterminación es compleja, pero puede, al mismo tiempo, ser trascendente para concebir jurídicamente -más allá de una visión liberal o perfeccionista- una dignidad social compatible con políticas paternalistas, aun en el marco de una sociedad liberal. Esta vía, implica, por un lado, admitir que la dignidad de la persona humana es un objetivo de valor constitucional y, por otro, ratificar la importancia de los derechos sociales como instrumentos para la remoción de los obstáculos entre la dignidad y la libre construcción de la personalidad, construyendo un contexto en cuyo interior las decisiones de la persona puedan ser efectivamente libres. Una dignidad, diría, no sólo como protección del cuerpo humano contra los avances de la ciencia, sino, también, contra la iniquidad social que afecta la personalidad humana en tanto condicionante del "yo futuro" del individuo a través de las limitaciones materiales y espirituales en las que éste realiza los actos de su "yo presente". La dignidad social, así entendida, sería

además consecuente con la manda constitucional que exige del Estado realizar lo conducente al desarrollo humano promoviendo las medidas de acción positiva que garantice el pleno goce y ejercicio de la dignidad (art. 75, incs. 19 y 23 CN). (De Lorenzo, Miguel F., Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, Bs. As., La Ley, 19/10/2011, LA LEY, 2011-E-1258, Cita Online: AR/DOC/ 3517/2011).

11) Según este modo de ver, el gobierno trata a las personas con igual consideración por el mero hecho de permitirles toda la libertad que necesitan para trabajar, comprar y vender, ahorra o gastar, tal como ellas mismas puedan y estimen mejor. Su riqueza sería entonces muy desigual, porque algunas personas son mucho más talentosas que otras en la producción y la administración, más prudente en la inversión, más frugales en el gasto, y hay quienes tiene inevitablemente más suerte que otras. Pero eso no es cosa del gobierno y, en consecuencia, no puede tomárselo como señal de ninguna falta de igual consideración por los que fracasan...Este argumento es tonto porque supone que el gobierno puede ser neutral en lo tocante a los resultados de la carrera económica. (Dworkin, Ronald, Justicia para erizos, trad. Horacio Pons, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 429 y 430).

12) Sostendré en cambio que las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastante diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo, las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad. (Rawls, John, Teoría de la justicia, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2014, p. 27).

13) Sin embargo, no hay injusticia en que unos pocos obtengan mayores beneficios, con tal de que con ello se mejore la situación de las personas menos afortunadas. La idea intuitiva es que, puesto que el bienestar de todos depende de un esquema de cooperación sin el cual ninguno podría llevar una vida satisfactoria, la división de ventajas debería ser tal que suscite la cooperación voluntaria de todos los que toman parte en ella, incluyendo a aquellos peor situados. (Rawls, John, Teoría de la justicia..., p. 27).

14) La emancipación de la labor y la concomitante emancipación de las clases laborantes de la opresión y explotación, sin duda alguna significó un progreso hacia la no-violencia. Mucho menos cierto es que también significó lo mismo hacia la libertad. Ninguna violencia ejercida por el hombre, excepto la empleada en la tortura, puede igualar la fuerza natural que ejerce la propia necesidad. (Arendt, Hannah, La condición humana, Bs. As., Paidós, 2016, p. 137).

15) Por otra parte, y en sentido contrario a lo que ha sido propio del mercado clásico, en la actualidad la producción no es una consecuencia necesaria de la demanda. Tradicionalmente, la demanda de cierto producto o servicio antecedió a la oferta, y ésta atendía las necesidades insatisfechas. Ahora, en cambio, el productor procura crear las necesidades en el público, orientándolo para que compre productos que, unilateralmente, ha decidido poner en el mercado... A tal fin, provoca una estimulación de la demanda mediante la publicidad; de modo que, en la realidad de los hechos, quien decide qué va a ser consumido es el productor y no el consumidor. Frecuentemente, dicha necesidad es condicionada por mecanismos tendientes a influir los comportamientos de compra, como la manipulación de novedades y de modas, "con sus incesantes metamorfosis, sus sacudidas, sus extravagancias" (Lipovetsky), que insta a la actitud del "yo-también", y a la que contribuye la provocación de la obsolescencia acelerada de ciertos productos, que acorta prematuramente su ciclo de vida útil por el mecanismo de lograr convertirlos en desechos psicológicos, no obstante que todavía conservan sus principales cualidades propias. A través de la publicidad los comerciantes, "en la actualidad, se encuentran, virtualmente, en condiciones de dictarnos los alimentos que comemos, los refrescos o cervezas que bebemos, los cigarrillos que fumamos, los coches que conducimos e, incluso, al presidente que elegimos" (Meyers). (Alterini, Atilio A., El consumidor en la sociedad posmoderna, Bs. As., LL, 1996-E-818, RCyS2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001).

16) Harari, Yuval Noah, Homo Deus, Joandomenéc Ros (Trad.), Buenos Aires, Debate, 2019, p. 14.

17) Son naturales aquellos hechos en los que, para su producción, obran solamente fuerzas de la naturaleza..., Bueres, Alberto J. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, t. 1 B, p. 117.

18) Finalmente nos encontramos con los 'negocios jurídicos', que son los que realizan las partes con el fin inmediato de autorregulación de sus intereses: crear, modificar, conservar o aniquilar derechos. En este caso, el supuesto jurídico de la norma está integrado por ese propósito inmediato de autorregulación. Los efectos se producen ex voluntate., Bueres, Alberto J. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, t. 1 B..., p. 121.

19) En cuanto a los elementos del acto voluntario no existen diferencias con el régimen anterior, aunque en el art. 260 se aglutinan tanto sus elementos internos -discernimiento, intención y libertad- a que se refiere el art. 900 del código actual como también el elemento externo, esto es, el art. 913 de este último ordenamiento que exige la exteriorización del acto como elemento imprescindible para que aquél tenga relevancia jurídica como tal (Benavente, María I., Los hechos y actos jurídicos en el Código Civil y Comercial de la Nación, Bs. As., La Ley, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014, 17/11/2014, 19, Citar online: AR/DOC/3875/2014).

20) Lo interno, no declarado, permanece en la esfera de la intimidad y tiene su visión y juzgamiento en la órbita de lo moral, el derecho no puede adentrarse en su análisis, ni cae bajo su égida. Cuando esos deseos se evaden de su cerrada esfera de lo íntimo es cuando pueden comenzar a tener injerencia y efecto sobre el resto de las personas. Aunque no es posible omitir ni dejar de considerar que, la voluntad interna posee una mayúscula importancia para apreciar las manifestaciones exteriores. Al respecto señala Messineo: "el elemento fundamental del negocio jurídico es la declaración de la voluntad, lo que presupone que exista una voluntad como substrato de dicha declaración, teniendo esa manifestación valor instrumental con respecto a la voluntad. (Campagnucci de Caso, Rubén H., Casos de incoincidencia entre la voluntad y la declaración, Bs. As., La Ley, 28/10/2005, Citar online: AR/DOC/2568/2005).

21) La declaración y la voluntad deben resultar coincidentes, formando de esa manera, una unidad que logrará producir los efectos jurídicos deseados. La voluntad interior que configura el proceso interno del querer del individuo debe corresponderse en plenitud y exactamente con lo manifestado, y en ese caso la ley puede atribuir las consecuencias del acto al sujeto actuante. (Campagnucci de Caso, Rubén H., Casos de incoincidencia entre la voluntad y la declaración, Bs. As., La Ley, 28/10/2005, Citar online: AR/DOC/2568/2005).

22) Creemos que esa unidad entre la actitud psíquica y la exteriorización de ella, descarta la defensa de posiciones extremas dogmáticas (la voluntad o la declaración). Ni el derecho es la voluntad ni podemos retornar al primitivo formalismo romano. La confianza no puede erigirse en elemento estructural del negocio en reemplazo de la voluntad, ni el negocio (bilateral) es la coincidencia de dos declaraciones puramente formales. No hay crisis del contrato como acuerdo de voluntades, sino que hay casos en los que una de éstas se tiene por eficaz, por tal, más allá de que su emisor haya incurrido en error, en tanto en cuanto el vicio carezca de entidad por defecto de los requisitos relevantes. (Bueres, Alberto J., El vicio de error y los requisitos de excusabilidad y reconocibilidad, Bs. As., La Ley, 12/10/2005, Citar online AR/DOC/2207/2005).

23) Finalmente, también tiene incidencia para dilucidar las cuestiones el interés general, que impone seguridad y certeza en el tráfico jurídico: mantener una voluntad defectuosa por lo declarado tiene lógica no porque se oponga al principio de la voluntad, sino a causa de que con sacrificio del susodicho principio en unos pocos casos, se lo hace más ágil, fluido y seguro en la inmensa mayoría de las situaciones en las cuales la actitud síquica y su externalización coinciden (Bueres, Alberto J., El vicio de error y los requisitos de excusabilidad y reconocibilidad, Bs. As., La Ley, 12/10/2005, Citar online AR/DOC/2207/2005).

24) Art. 261 CCyC. Acto involuntario. Es involuntario por falta de discernimiento: a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón; b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

25) Art. 262. Manifestación de la voluntad. Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material.

26) Llambías, Jorge, Tratado de Derecho Civil. Parte General, t. II, Bs. As., Perrot, 1982, p. 313.

27) El sistema queda ordenado entonces de la siguiente manera: a) Contratos discrecionales: en ellos hay plena autonomía privada. b) Contratos celebrados

por adhesión: cuando se demuestra que hay una adhesión a las generales redactadas previamente por una de las partes, hay una tutela basada en la aplicación de este régimen. c) Contratos de consumo: cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el Título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante (Zannoni - Mariani de Vidal - Zunino - Shina - Ramos, Código Civil y Comercial, ..., p. 292).

28) Código Civil y Comercial..., p. 285.

29) Matute, Helena, Nuestra mente nos engaña, Shackelto@books, Barcelona, 2019.

30) La teoría de las esferas independientes hizo que la Constitución fuera prescindible para el derecho privado, y así es que muy pocas decisiones en conflictos particulares, han sido elaboradas a partir de la norma fundamental. Asistimos al reinado de la ley codificada, la que, a través de la exégesis y el silogismo, satisfacía las demandas de seguridad jurídica. Esta situación es distinta en los tiempos actuales, en los que asistimos a una interrelación estrecha entre Código privado y Constitución (Lorenzetti, Ricardo L., Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Bs. As., La Ley, 01/01/2007, Citar online: AR/DOC/9055/2001).

31) Lorenzetti, Ricardo L., La influencia del derecho constitucional en el derecho privado, Bs. As., La Ley, Citar online: 0021/000093.

32) Al principio de la libertad igual, cuando se aplica al proceso político definido por la constitución lo llamaré 'principio de (igual) participación'. Este principio exige que todos los ciudadanos tengan un mismo derecho a tomar parte y determinar el resultado del proceso constitucional que establecen las leyes que ellos han de obedecer. La justicia como imparcialidad comienza con la idea de que, si los principios generales son necesarios y ventajosos para todos, han de ser elaborados desde el punto de vista de una situación inicial de igualdad bien definida, donde cada persona está justamente representada. El principio de participación traslada esta noción de la posición original como sistema supremo de normas sociales para elaborar normas (Rawls, John, Teoría de la justicia, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 210).

33) Ver nuestras críticas severas a los fallos dictados por la CSJ en los casos Buffoni c/ Castro y Flores c. Giménez en:

1) El Caso Buffoni. La resucitación de la Autonomía de la Voluntad. La regresión de la Corte Suprema. Del milagro bíblico al anacronismo jurídico, Buenos Aires, elDial, 5 -09-2016, Citar: DC1D77.

2) Los estados regresivos y la neurosis jurídica. La Corte Suprema y la regresión judicial, Buenos Aires, elDial, 3/11/2017, DC2431.

34) El expansivo acercamiento del concepto de consumidor al de ciudadano y persona, el cada vez más perceptible perfil colectivo y social que exteriorizan los intereses de los consumidores, las analogías que presentan estos últimos con los derechos ambientales cuya "humanización" crece exponencialmente y donde la confluencia de ambos sectores normativos se patentiza en la creciente idea de consumo sustentable (art. 1094, Cód. Civil y Comercial), la mayor visibilidad de la dignidad como leitmotiv del derecho de los consumidores y el carácter fundamental que revisten en algunos modelos constitucionales, constituyen nuevos paradigmas de la naturaleza de los derechos de los consumidores. Y tales nóveles caracteres representan alegables argumentaciones en pos de arrimar conceptualmente los derechos de los consumidores a los derechos humanos (Sahian, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Bs. As., La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

35) Esta temática, aunque todavía en estado de gestación, viene cobrando cada vez mayor impulso. Algunos trazan directamente una identidad jurídica entre los derechos de los consumidores y los derechos humanos. También se alega que, a partir de la reforma constitucional de 1994, los derechos humanos de tercera generación han sido explícitamente "positivizados", entre los que se cuentan los derechos del usuario y el consumidor y los medioambientales (Sahian, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Bs. As., La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

36) Se presentan a continuación solamente algunos pocos fallos recientes que describen el desajuste entre la doctrina y la jurisprudencia señalado en el texto correspondiente a esta cita:

1) Si en el contrato celebrado entre el responsable del accidente de tránsito y el asegurador se estipuló una limitación de cobertura, esta es oponible al tercero damnificado, pues el asegurador...sólo está obligado respecto de aquel

en la medida del seguro... (CNCiv, Sala I, 3/08/2017, Bs. As., La Ley, Citar on line: AR/JUR/50658/2017).

2) El plazo de prescripción previsto en el art. 58 de la ley 17.418 es aplicable a una acción contra una compañía de seguros y no el previsto en el art. 50 de la ley 24.240, ya que no puede sostenerse que el plazo de prescripción anual que establece una norma especial pueda considerarse ampliado a tres años por otra que tiene carácter general máximo cuando la solución apropiada es la que consagró la ley 26.994 (CNCCom, Sala D, 18/10/2016, Bs. As., La Ley, Citar on line: AR/JUR/83070/201).

3) La compañía de seguros demandada no está obligada a abonar un seguro de vida a favor del cónyuge supérstite de una persona que falleció electrocutada, dado que el causante estaba en estado de ebriedad y dicho supuesto configura la cláusula de exclusión de cobertura dispuesta en las condiciones generales de la póliza contratada; más aún cuando aquel sin ser de profesión electricista intentó manipular cables conductores de electricidad sobre piso humedecido que nadie en su sano juicio manipularía sin protección o conocimientos adecuados... (CNCCom, Sala C, 8/03/2017, Bs. As., La Ley, Citar on line: AR/JUR/50658/2017).

4) Corresponde declarar que la condena respecto de la citada en garantía no podrá exceder los límites del seguro, contenidos en la póliza, pues es doctrina constante sentada por nuestro máximo Tribunal que la franquicia prevista en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado, y que la sentencia no puede ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (de la disidencia del Dr. Roberto Parrilli) (Díaz, Héctor R. c/Aranda Miguel Á., y otros s daños y perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 6/10/2015, Bs. As., Microjuris, Cita: MJ-JU-M-95506-AR | MJJ95506 | MJJ95506).

5) Corresponde juzgar que la condena respecto de la citada en garantía no podrá exceder los límites del seguro contenidos en la póliza, atendiendo a evidentes razones de economía procesal, se aconseja no hacer transitar a las partes por una vía recursiva que, al estar a la jurisprudencia, inexorablemente culminará declarando oponible la franquicia existente (de la disidencia del Dr. Roberto Parrilli). (Díaz Héctor R. c/Aranda Miguel Á., y otros s/daños y perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 6/10/2015, Bs. As., Microjuris, Cita: MJ-JU-M-95506-AR | MJJ95506 | MJJ95506).

6) Que, en el sub lite no se advierte que concurra el tercero de los presupuestos mencionados pues ni las constancias obrantes en la causa ni los términos de la pretensión formulada demuestran que el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir en autos pueda verse comprometido si la cuestión no es llevada ante un tribunal de justicia por la asociación actora en el marco de una acción colectiva. En efecto, las particulares características de la cláusula impugnada y las especiales situaciones en las que ésta opera permiten sostener que las víctimas excluidas de la cobertura del seguro cuentan con incentivos suficientes para cuestionar de manera individual su validez, sin que resulte necesario que una asociación asuma la representación de su interés como forma de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva (Consumidores Financieros Asociación Civil p/su Defensa c/Prudencia Cía. Argentina de Seguros Grales. SA s/ordinario, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/11/2014, Bs. As., Microjuris, Cita: MJ-JU-M-90066-AR | MJJ90066 | MJJ90066).

37) CSJ 678/2013, Flores, Lorena R. c/Giménez, Marcelino O., 6/06/2017.

38) Shina, Fernando, Los estados regresivos y la neurosis jurídica. La Corte Suprema y la regresión judicial, Bs. As., elDial, 3/11/2017, DC2431 y El Caso Buffoni. La resucitación de la Autonomía de la Voluntad. La regresión de la Corte Suprema. Del milagro bíblico al anacronismo jurídico, Bs. As., elDial, 5/09/2016, Citar: DC1D77.

39) Papagno, Mariela Silvia c/Lado, Daniel y Otros s/daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte), CNCIV, Sala L, 19/09/2017, (Expte. n° 36.718/10), Citar: elDial.com, AAA292. (Del Voto del Dr. Liberman).

40) Papagno, Mariela S. c/Lado, Daniel, y otros s/daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte), CNCIV, Sala L, 19/09/2017, (expte. n° 36.718/10), Citar: elDial.com, AAA292. (Del Voto del Dr. Liberman).

41) No obstante, cabe constatar una paulatina y mayor constitucionalización de temas de derecho privado. En parte eso ocurre porque las constituciones han sufrido un proceso de inflación normativa, abarcando (a menudo con exceso)

temas que otrora se entendían que estaban fuera de su radio de acción. Otra razón es que, con motivo, ciertas cuestiones de derecho privado preocupan hoy en mucho a la sociedad, y eso hace que adquieran interés institucional suficiente como para llevarlas a la Constitución. (Sagüés, Néstor, Notas sobre la dimensión constitucional del derecho a la reparación, Bs. As., Microjuris, 1/02/2003, Citar: MJD 2078).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 7 DE FEBRERO DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01**, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.257 al 264, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.257 al 397, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.265 al 278, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.958, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.959, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.960, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.961*

Breve síntesis esquemática del régimen básico nacional de defensa del consumidor a la luz de la jurística

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 19 DE MARZO DE 2019

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Resumen. El presente trabajo recorre, sumariamente, la normativa nacional respectiva, en el marco teórico de la materia tratada, con foco en la Constitución Nacional, la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial.

1. Introducción. El art. 3º, párrafo 2, de la Ley de Defensa del Consumidor-nº 24.240 y mod., LDC- establece: "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"; me ocuparé en este trabajo, en particular, de la normativa inherente al 'régimen básico' nacional en la materia, esto es, la LDC, el Código Civil y Comercial - CCC-, en lo pertinente; y, claro está, del "tándem" de disposiciones de los arts. 41, 42 y 43, Constitución Nacional.

2. Grupo normativo básico ('alfa'). En un trabajo anterior (22/05/2015), he propuesto un denominado "grupo normativo básico (o 'alfa) en materia de consumo, en estos términos: GAC = (n1, n2, n3, n4, n5, n6); siendo: n1: "todo ser humano es consumidor"; n2: "todo consumidor tiene derecho de acceso efectivo al consumo"; n3: "en la relación de consumo debe garantizarse el resguardo integral de los intereses del consumidor"; n4: "queda garantizada la autogestión protectora del consumidor respecto de los derechos que le asisten en la materia"; n5: "el tratamiento de la relación de consumo debe concretar la igualdad jurídica de las partes"; n6: "la normativa de defensa y protección de consumidores y usuarios es de orden público". 1) Que todo ser humano es consumidor ("consumers", by definition, include us all' -KENNEDY-) constituye un "axioma, que parte de una realidad biológica y cultural, e introduce de lleno a la temática consumerista en el terreno de los derechos humanos"; se trata de "un prius biológico-cultural de la persona humana" en función de las innúmeras carencias que le son propias -que requieren ser satisfechas- y de la vigencia del 'principio de configuración genérica del "consumidor"', en cuya virtud, se sitúa "al consumidor/usuario en el centro de la estructura de consumo" (CONDOMÍ, 25/10/2013); 2) El 'derecho de acceso efectivo (o de acceder) al consumo' (CONDOMÍ, 9/8/2017), "se constituye en un prius lógico-jurídico del cual se derivan otros derechos", siendo que, sin perjuicio de su operatividad como "derecho implícito", en los términos del art. 33, Cons. Nac., normas internacionales en vigor, tales como el art. 25º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el art. 11º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 -de nivel constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, Cons. Nac.-, "expresamente se refieren al derecho de acceder al consumo que deben garantizar los Estados partes" (CONDOMÍ, 22/05/2015, cit.). 3) Los intereses del consumidor deben ser enteramente 'resguardados', esto es, tutelados antes, durante y con posterioridad a verificarse una -eventual- situación de consumo; así, el art. 42, Cons. Nac., cit., garantiza la protección de los derechos de consumidores y usuarios tanto "en el ámbito económico, cuanto extra-patrimonial (educación, trato digno, y seguridad e información -seguridad global-", siendo que "las autoridades proveerán a la protección de esos derechos"; tienden a garantizar tales intereses, en particular, los principios consumeristas de "primacía de la realidad condicionada" -en virtud del cual 'las situaciones de consumo deben ser consideradas sobre una base crítico-sociológica- en tanto se trata de hechos insertos en una realidad histórica dada, sin perjuicio del ejercicio de una adecuada comprensión ('verstehen') del fenómeno consumatario, atento a sus innegables condicionamientos de índole cultural", sin perjuicio de un cierto "'renacimiento del formalismo' reflejado

en "requisitos legales de tipo formal que tienden a proteger al consumidor/usuario de eventuales abusos del empresario, que condicionan tales aspectos de la relación de consumo" (CONDOMÍ, 25/10/2013, cit.), de "buena fe/transparencia", de "economía", de "reparación integral", y de "comunicabilidad". En efecto, el principio de "buena fe" se refiere, tanto a la 'creencia' del consumidor en las calidades que la 'apariencia' del proveedor justificaría, como a la 'probidad' que debe éste observar en sus relaciones de consumo, sobre todo en términos de la 'transparencia' que le compete en su actividad, particularmente, en materia de publicidad e información (LDC, arts. 4° y 8°). Según el principio de "economía", la desventaja comparativa -asimetría- entre las partes de la relación de consumo, justifica una cierta "igualación" en términos de facilitar al consumidor el libre acceso, en materia económica, a las vías de reclamo pertinentes, siendo que, en principio, "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" (LDC, art. 53). Asimismo, el principio de "reparación integral" surge del art. 54. LDC, limitado, en cuanto a la reparación del "daño directo", 'en sede administrativa', a aquél "ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona" (LDC, art. 40 bis); en 'sede arbitral' "quedan fuera de su jurisdicción los supuestos que, en principio, excedan los derechos de libre disponibilidad de las partes (así, p. ej.: ley 2.963, CABA, art. 3°; Dto. 276/98, P.E.N., art. 2°)". En cuanto a la "comunicabilidad", referida a "relaciones quasi-empáticas entre los consumidores/usuarios en supuestos análogos", derivadas "de la homogeneidad de los intereses que les incumbe", se traduce en 'derechos instrumentales': participación y organización en asociaciones de consumidores y usuarios (Cons. Nac., art. 42), procedimientos eficaces de prevención y solución de conflictos, así como y a la acción expedita y rápida de amparo (Cons. Nac., art. 43); derechos regulados en la LDC, en cuanto a participación (art. 60), organización (arts. 55 a 58, 60, 62) y reclamos (Capítulos XII, XIII, XIV y XV), como, asimismo, respecto de las "acciones de incidencia colectiva", en cuyo caso, en principio, "la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones" (art. 54, ley cit.)" (CONDOMÍ, 25/10/2013, cit.).

3. Nexos entre los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional. Estas normas prevén, respectivamente, la cláusula "ambiental", la cláusula "consumataria" y la cláusula "instrumental", reconociendo entre ellas "un hilo conductor...desde la protección del ambiente, los recursos naturales y el patrimonio natural y cultural... integrantes del entorno en el que se desenvuelven los seres vivientes del planeta -en particular, los humanos-, pasando por las vicisitudes del consumo, en tanto aprovechamiento de los bienes y cosas a su disposición...hasta concretar su instrumentación mediante dispositivos adecuadamente implementados" (CONDOMÍ, 10/06/2015); sin perjuicio de su articulación con "disposiciones internacionales, incorporadas al denominado "bloque constitucional" (art. 75, Cons. Nac.), "junto a la legislación reglamentaria y adicional sobre las materias abordadas" (loc. cit.). El art. 41, cons. Nac., trata la "cuestión ambiental" desde un punto de vista inter-generacional, al referirse a "las necesidades presentes" con relación a "las de las generaciones futuras", en términos de preservar un "desarrollo sustentable" imponiendo, incluso, un 'deber' concreto al respecto; con una referencia implícita tanto a la "responsabilidad social empresarial" (RSE) como a la "responsabilidad social de los consumidores" (RSC), resultando una ecuación entre las dimensiones económica (E), social (S) y ambiental (A), la que puede formalizarse así: $RSE * RSC = E * S * A$ (loc. cit.). A su turno, las disposiciones del art. 42, Cons. Nac., cit., que establecen "un corpus mínimo de derechos referidos a consumidores y usuarios" (cláusula consumataria), conecta con el artículo anterior, de momento que aquéllos, para satisfacer sus necesidades y apetencias, requieren "volver la vista hacia el entorno ambiental en que se encuentran insertos", donde se obtienen, directa o indirectamente, los recursos a tal fin; siendo que el ambiente se compone de aspectos 'materiales', 'personales' y 'socio-culturales' (art. 41, párrafo 2°, Cons. Nac.), a la vez (loc. cit.). Asimismo, los arts. 42, 3er. párrafo, y el art. 43, párrafos 1° y 2°, Cons. Nac., cit., se ocupan de aspectos "instrumentales", previendo ciertos "medios adecuados de defensa y protección" a fin de garantizar "la vigencia concreta de los derechos reconocidos por el

ordenamiento positivo" -derecho "de fondo"- en la materia; así como mecanismos "organizacionales" y "de participación (loc. cit.).

4. A su turno, la jurística al uso ha diseñado una clasificación tripartita de derechos consumeriles, a saber: derechos 'primarios', derechos 'substanciales' y derechos 'instrumentales' (STIGLITZ); me he referido a ellos con anterioridad (CONDOMÍ, 7/12/2011, 20/3/2012, 12/4/2013 y 4/1/2018).

A estos taxones -ya "clásicos", diría-, he propuesto agregar una categoría 'previa' (CONDOMÍ, 4/1/2018, cit.), constituida por el denominado "derecho 'a acceder' o 'de efectivo acceso' o 'de ingreso' al consumo" (CONDOMÍ, 7/12/2011 y 9/8/2017, cit.), "derecho 'primordial', presupuesto ineludible para el goce de los demás derechos inherentes al consumo", esto es, un "derecho inicial que posibilita el acceso al resto de los derechos de consumidores y usuarios"; una suerte de "conditio sine qua non" -emergente del art. 33, Cons. Nac., como "derecho implícito"-, pero que "ha quedado consagrado directamente en normativas internacionales sobre derechos humanos; cito: Declaración Universal de Derechos Humanos (D.U.D.H.), art. 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (P.I.D.E.S.C.), arts. 11° a 14, entre otros".

Son derechos 'primarios' del consumidor/usuario: el derecho 'de acceso al consumo', que comprende la 'libertad de elección' (el consumidor "decide qué bienes o servicios adquirir o contratar, con quién hacerlo, y bajo qué condiciones, dentro de lo que el mercado en el que opera puede ofrecerle"), y el "derecho a condiciones de trato equitativo ("paridad de trato -circunstancia que se manifiesta, en particular, en materia de 'atención al público' (como refiere la LDC) por cualquier medio (personal, telefónico, electrónico, a domicilio, ambulante, etc.)-", y 'digno en el acceso al consumo' (dispensando "al consumidor atención oportuna, solícita, respetuosa y adecuada a sus requerimientos, sin menoscabar en modo alguno su integridad como persona") (CONDOMÍ, 7/12/2011, cit.). El art. 42, Cons. Nac., cit., expresamente prevé el "derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios...a la libertad de elección"; el art. 4°, LDC, establece que la información debe ser aportada a los mismos "con claridad necesaria que permita su comprensión", de modo de favorecerles una elección apropiada de los productos ofrecidos, debiendo el proveedor abstenerse, asimismo, "de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones... intimidatorias", como, p. ej., la realización inconsulta de propuestas como la que prohíbe el art. 35, LDC, o de ejercer "ejerce presiones desmedidas contra el consumidor, el proveedor que despliega reclames publicitarios malintencionados, no necesariamente engañosos (CONDOMÍ, loc. cit.). A su turno, el propio art. 42, Cons. Nac., cit., establece el derecho "a condiciones de trato equitativo y digno"; la LDC, art. 8° bis, cit., amplía y especifica la norma constitucional aludida (CONDOMÍ, loc. cit.). El "derecho a la educación para el consumo" está previsto en el mismo art. 42, párrafo 2°, cit., tratándose de "una función y deber del Estado", en palabras de STIGLITZ (loc. cit.) -aunque, adem 'els, las Directrices para la educación del consumidor", ONU, 2016, imponen a las empresas la elaboración de programas y mecanismos apropiados para que los consumidores adopten las conductas de consumo acertadas, sin perjuicio de las políticas nacionales al respecto (CONDOMÍ, 12/06/2018)-; por su parte, la LDC, se ocupa del tema, previendo la adopción de "planes generales de educación para el consumo (art. 60), tendientes, en particular, a la "formación del consumidor" (art. 61), con intervención, en su caso, de las 'asociaciones de consumidores' (62); se trata de un derecho "formativo" del sujeto tutelado por el régimen consumerista (CONDOMÍ, 7/12/2011, cit.).

Son derechos 'substanciales' del consumidor/usuario, bajo el mismo criterio clasificatorio, el derecho 'a la información', 'a la seguridad', 'a la salud', y 'a que se preserven sus intereses económicos' (CONDOMÍ, 20/3/2012, cit.); conforme a STIGLITZ (loc. cit.), éstos "corresponden a "soluciones del Derecho de fondo". A este respecto, la Constitución Nacional dispone, en su 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...".

La "información" consiste en un conjunto de datos que debe proporcionar el proveedor al consumidor, constituyendo presupuestos (condiciones "sine quibus non") de sus decisiones de consumo, entre los que puede distinguirse

presupuestos 'imprescindibles' y presupuestos 'necesarios', siendo que "los primeros son aquellos que se requieren para toda una clase de actos de consumo que, en consecuencia, presentan características similares; se trata de presupuestos genéricos; a su turno, son presupuestos necesarios, aquellos que se requieren solamente para arribar a una decisión de consumo en particular" (CONDOMÍ, loc. cit.); la información presenta estos elementos: comunicación, sujetos (emisor y receptor), mensaje (notitia), código, y está sujeta a los principios de "relevancia, plenitud, disponibilidad (temporal y formal) y economía (CONDOMÍ, 26/7/2000), sin perjuicio de cierta "referencia a la información por excepción (o excepcional) -art. 6º, LDC-, y ha de estar "referida, tanto al producto (bien o servicio) que ofrece, cuanto a la operatoria en cuya virtud el consumidor accede al mismo" (art. 4º, LDC).

A su turno, la "seguridad" se refiere a la 'protección' de los bienes jurídicos, "un concepto complejo, cuyo aspecto objetivo, consiste en el efectivo aseguramiento de los bienes jurídicos; y su aspecto subjetivo, en el sentimiento de dicha seguridad" (CONDOMÍ, 20/3/2012, cit.). Se afirma que "el derecho a la seguridad en la relación de consumo es un medio para la protección del derecho a la vida, a la salud (en los aspectos físico y psíquico), y a los intereses patrimoniales del consumidor" (LOWENROSEN, 07/05/2010), aunque, su mención autónoma en el art. 42, Cons. Nac., cit., parece referirse a 'un margen de bienes dignos de "aseguramiento" que, no obstante, no afectan ni la vida, ni la salud ni el patrimonio del consumidor', por lo que 'haciendo especial énfasis en el "sentimiento de seguridad" (aspecto subjetivo)', se responsabiliza al proveedor cuando se "afecten las legítimas expectativas del consumidor respecto de los bienes y servicios que adquiere o utiliza" (CONDOMÍ, loc. cit.).

Conforme al Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud "la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades", definición que supera el criterio "limitado que lo reduce a la mera ausencia de enfermedades"; se trata de "un concepto integral de la salud humana destacándose] el componente social del mismo" (CONDOMÍ, loc. cit.); según entiendo, se incluyen en el concepto integral vertido, tanto un "desequilibrio en la salud física o mental que pueda experimentar la persona, ocasionado por ("derivado de") el medio social en que se desenvuelve, p. ej., somatizando cierto estrés inherente a su agitada vida laboral", como, p. ej., la frustración que proviene de no lograr "cumplir las pautas de consumo socio culturales que imperan en diversos grupos de pertenencia" o de referencia, que pueden derivar en "en un malestar anímico o moral" del sujeto, al verse trabado así su 'bienestar social' (CONDOMÍ, loc. cit.). Existen, asimismo, diversos documentos internacionales de nivel constitucional conforme al cit. art. 75, inc. 22, Cons. Nac., que resaltan la cobertura integral que deben los Estados dispensar a la salud de las personas; así, p. ej., el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 5º, 1., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Civiles; etc.

La "protección de los intereses económicos" de consumidores y usuarios -que implica no sólo aspectos materiales sino también el menoscabo espiritual que puede derivar de la actuación deficiente de proveedores y prestadores en una situación de consumo- se acentúa en nuestra materia, atento a la posición de 'debilidad' de aquéllos frente a éstos", configurando un vínculo 'asimétrico' entre ellos; en sentido técnico, los intereses "económicos" tienden a preservar los medios adecuados para la satisfacción de las necesidades humanas, en particular, en sus aspectos patrimoniales; de modo tal que la preservación de tales intereses tiende, a su vez, a que no se vean, indebidamente, disminuido su activo, o incrementado su pasivo"; sin perjuicio, como queda dicho, de los aspectos extra-patrimoniales (daño moral; conducta desdorosa del proveedor que habilite la imposición de una multa civil, p. ej.) comprometidos en la relación consumerista. En particular, la normativa respectiva está referida a cuestiones que pueden sistematizarse en: a) calidad y eficiencia de los productos (bienes y servicios); b) transparencia en la contratación de consumo; c) reparación de daños al consumidor; d) organismos administrativos y judiciales que orientan y resuelven conflictos consumatarios (CONDOMÍ, loc. cit.). Veamos: I) el art. 42, Cons. Nac.,

impone a las autoridades respectivas, la protección de los usuarios respecto de "la calidad y eficiencia de los servicios públicos"; asimismo, la LDC "establece un detallado régimen normativo respecto de los servicios públicos domiciliarios (cap. VI, ley cit.) y prevé un sistema de garantía legal respecto de 'cosas muebles no consumibles', disponiendo sobre el respectivo certificado y reparación de las mismas (ley cit., cap. IV)" (CONDOMÍ, loc. cit.); garantía 'mínima', art. 11, LDC; garantía sobre un "servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos" (art. 12, ley cit.) y, en materia de prestación de servicios, en principio, dispone que "los materiales a utilizar en la reparación" deben ser "nuevos o adecuados a la cosa de que se trate" (LDC, art. 20) (CONDOMÍ, loc. cit.); respecto de los vicios redhibitorios (defectos ocultos), conforme al art. 18, b), LDC, "En caso de vicio redhibitorio: a) A instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el artículo 2176 del Código Civil; b) El artículo 2170 del Código Civil no podrá ser opuesto al consumidor"; estas normas han sido reformuladas en el nuevo Código Civil y Comercial (CCC) (CAMELO, 2015), pudiendo ubicarse, conceptualmente, en los actuales arts. 1053, a) y, en principio, 1050, 'in fine', CCC, respectivamente; en consecuencia, las remisiones legales del mencionado art. 18, b), LDC, deben entenderse referidas a estas nuevas disposiciones. II) La posición relativamente desfavorecida del consumidor frente al proveedor -relación 'asimétrica'-, insta al legislador a procurar una cierta 'equiparación' en las respectivas posiciones, con vistas a una eventual traba efectiva del vínculo consumerista; "la protección legal afecta aspectos pre-contractuales y contractuales propiamente dichos; se trata, en último análisis, de la afectación de los condicionamientos de la contratación de consumo" (CONDOMÍ, loc. cit.). Así, el deber del proveedor de emitir un presupuesto con los requisitos previstos en el art. 21, LDC; obligatoriedad de la oferta a "consumidores potenciales indeterminados" (LDC, art. 7°), efectos obligatorios de la publicidad (LDC, art. 8°), emisión obligatoria de un "documento de venta" (LDC, art. 10), cláusulas abusivas (LDC, art. 37); contratos de adhesión (LDC, arts. 38 y 39), contratos de venta domiciliaria y afines (LDC, arts. 32 a 35) -que STIGLITZ (loc. cit.) trata bajo el rubro "técnicas de comercialización"-, requisitos atinentes a las "operaciones de venta de crédito" (LDC, art. 36). III) En cuanto a la reparación de los daños ocasionados al consumidor: a) rige el principio de reparación integral (LDC art. 54); b) cabe, en sede administrativa, fijar la reparación del daño directo (LDC, art. 40 bis); c) en sede judicial, puede imponerse una multa civil (LDC art. 52 bis; "daños punitivos" -'punitive damages' del derecho anglosajón -) a favor del consumidor -un "plus" sobre la indemnización de perjuicios propiamente dicha -; d) la atribución de la responsabilidad objetiva solidaria de los proveedores (LDC art. 40); e) las pautas preventivas de los arts. 5° y 6°, LDC. IV) En cuanto al tratamiento de conflictos de consumo, cabe citar: "a) las actuaciones administrativas (Capítulo XII); b) las acciones judiciales (Capítulo XIII); c) los procedimientos conciliatorios ante las asociaciones de consumidores (Capítulo XIV); d) el arbitraje de consumo (Capítulo XV); se trata de cuatro medios alternativos de resolver conflictos de consumo, cada cual con sus modalidades" (CONDOMÍ, 20/10/2011)).

Los derechos 'instrumentales' del consumidor constituyen, según STIGLITZ (loc. cit.), 'mecanismos de implementación' del resto de los derechos indicados, tendientes a efectivizar la vigencia y el respeto de los derechos "de fondo" en la materia (CONDOMÍ, 12/4/2013, cit.). Son ellos los derechos - instrumentales- de 'participación', de 'organización' y de 'reclamo'.

'Participa' el consumidor, en general, como "protagonista" inexcusable en la que he denominado 'estructura de consumo' (CONDOMÍ, 20/10/11, cit.); a su vez, la LDC asegura "la participación de la comunidad" (un agregado social omnipresente, de vasto alcance) en las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 60, ley cit.); asimismo, el art. 42, Cons. Nac. indica, en particular, la intervención de tales asociaciones "en los organismos de control" "de los servicios públicos de competencia nacional".

En cuanto al derecho a la 'organización', siguiendo a STIGLITZ (loc. cit.), cabe mencionar: "a) las autoridades deben proveer a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios (art. 42, Cons. Nac.); b) el Estado debe fomentar la creación y funcionamiento de tales asociaciones (art. 60, LDC); c); la LDC regula la conformación, funciones y legitimación de las

mismas (arts. 55 a 58, ley cit.); d); también prevé la concesión de contribuciones financieras a dichas asociaciones (art. 62, ley cit.); e) asimismo, se impone al Estado fomentar la participación de la comunidad en ellas (art. 60, ley cit.)" (CONDOMÍ, loc. cit.).

Siguiendo la senda delineada en el art. 42, Cons. Nac., cit., se instrumentan ciertas vías legales de reclamo por parte de consumidores y usuarios; la LDC ha diseñado estas alternativas: a) las actuaciones administrativas (Capítulo XII); b) las acciones judiciales (Capítulo XIII); c) los procedimientos conciliatorios ante las asociaciones de consumidores (Capítulo XIV); d) el arbitraje de consumo (Capítulo XV).

Las actuaciones administrativas y el arbitraje surgen de la órbita de la autoridad de aplicación (administrativa), las primeras se desarrollan enteramente por agentes administrativos, pero el arbitraje se caracteriza, en principio, por la composición heterogénea de los miembros del tribunal. En ambos supuestos procede una etapa de conciliación, si bien las actuaciones en sede administrativa tienden a la comprobación de infracciones y aplicación de sanciones, en tanto que el tribunal arbitral es un órgano de decisión 'jurisdiccional', sus resoluciones pasan en autoridad de cosa juzgada, y si fueron dictadas "en equidad" resultan inapelables, siendo que las decisiones administrativas son susceptibles de recursos; la vía arbitral, en principio, inhabilita la vía administrativa, ya que la tramitación del reclamo se ha iniciado y fenecerá en sede arbitral, en particular, tratándose de proceso ante amigables compondores. La LDC, art. 58°, señala el carácter "extrajudicial" de la intervención de las asociaciones de consumidores, siendo que la sola actividad conciliadora desplegada por tales entidades no inhibe a las partes de formalizar sus reclamos en otras sedes, administrativa, judicial o arbitral. En principio, el consumidor puede acudir al arbitraje, como alternativa a las acciones judiciales -en materias que no afecten el orden público- y el proveedor, aceptarlo o no, en un procedimiento de sometimiento voluntario para ambas partes; los laudos arbitrales presentan un restringido ámbito recursivo, en particular, los emitidos "en equidad" (CONDOMÍ, loc. cit.). La ley n° 26.993 (en adelante, LRCRC; B.O. 19/09/2014), instituye un sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo. He tratado el tema en un trabajo anterior (27/10/2014), al que remito, no obstante recordar que "el sistema está estructurado en tres sedes: 1.- de conciliación; 2.- Auditoría de Relaciones de Consumo; 3.- judicial" y, conforme a la normativa indicada, las vías de reclamo del consumidor/usuario en la materia, proceden en: a.- sede administrativa en sentido estricto, en que cabe la aplicación de sanciones (art. 47, LDC), e indemnización por "daño directo" (art. 40 bis, LDC, ref.); el "daño directo" indemnizable en sede administrativa consiste en "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", se trata de "los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo", con la exclusión expresa de las 'consecuencias no patrimoniales' respecto de este tipo de indemnizaciones (LDC, norma cit.); además, esta facultad se concede a los órganos de aplicación, con ciertos condicionamientos; b.- una instancia meramente "conciliadora y extrajudicial" ante las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 58, LDC); c.- una instancia arbitral ante tribunales arbitrales de consumo (art. 59, LDC); d.- las actuaciones ante los órganos de la LRCRC, como se dijo, con una instancia conciliatoria, otra ante la Auditoría en Relaciones de consumo, instancia administrativa en sentido amplio y, oportunamente, ante la justicia específica prevista en materia consumerista; e.- superado el límite cuantitativo de los 55 s.m.v.m., ante la justicia ordinaria aunque, ahora, el procedimiento judicial se sujeta, en primer término, a las nuevas normas de la LRCRC (art. 76), siendo supletoria la aplicación de la LDC y las del CPCCN, según surge del art. 57 de la ley en comentario (CONDOMÍ, 27/10/2014, cit.).

5. En un trabajo anterior (CONDOMÍ, 28/04/2015) paso revista a la normativa del Código Civil y Comercial (CCC), conforme Ley 26.994 (B.O. 8/10/2014), en lo relativo a la materia consumataria, al que remito, a sus efectos; me limitaré, entonces, a reseñar aquí aspectos salientes de dicha normativa. La Ley mencionada modificó los arts. 1°, 8°, 40 bis y 50, LDC; así, se elimina

del texto del art. 1º, cit., la categoría de consumidor "expuesto", permaneciendo vigentes, el "consumidor" propiamente dicho y el consumidor "equiparado"; el art. 8º, cit., simplemente sufre un "pase" de expresiones que en nada afectan el sentido de la norma; el art. 40 bis, cit., excluye de su órbita resarcitoria, expresamente, los perjuicios de índole extra-patrimonial, limitándose ahora a los "daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo"; y el art. 50, cit., mantiene el plazo de prescripción de 3 años respecto de las "sanciones" previstas en la LDC, pero no así, entiendo, en cuanto a las "acciones judiciales...(y)...las administrativas", abriéndose un abanico diferenciado "en materia de prescripción liberatoria en el ámbito consumerista: i) en cuanto a las sanciones administrativas; ii) en cuanto a las acciones administrativas; iii) en cuanto a las acciones judiciales", circunstancias que se explicitan en el trabajo indicado. Respecto de la normativa del propio CCC, refiero aquella vinculada a la materia consumeril, prevista en: a) el Título Preliminar; b) el Título III, del Libro Tercero sobre Derechos personales, relativo a 1) Normas genéricas, 2) Prácticas abusivas, 3) Cláusulas abusivas, 4) Contratos de consumo sujetos a modalidades especiales, 5) Contratos bancarios, disposiciones cuyo comentario he abordado en el artículo antes citado al que, una vez más, 'brevitatis causae', envío al lector.

Notas al pie:.

- CAMELO, GUSTAVO; "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado"; Tº III, arts. 990 a 1072; Ministerio de Justicia y DD.HH.; 2015.
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Apostillas procesales: el principio de la información"; (Doctrina Judicial; 26/7/2000).
- CONDOMI, A.M.; Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema Arbitral de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (primeras aproximaciones). www.infojus.gov.ar; 20/10/11).
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor"; 7/12/2011. "El árbitro de consumo ante los derechos sustanciales del consumidor"; 20/3/2012. "El árbitro de consumo ante los derechos instrumentales del consumidor"; 12/4/2013. Todos en: www.infojus.gov.ar.
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte"; 25/10/2013; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF130328.
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Introducción al nuevo régimen de resolución de conflictos en las relaciones de consumo"; 27/10/2014; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF140778 .
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "El régimen de defensa del consumidor a partir de la vigencia de la ley aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", 28/04/2015; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF150334.
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Undécima parte (Grupo normativo básico)"; 22/05/2015; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF150619.
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Duodécima parte (nexo entre los arts. 41, 42 y 43, de la Constitución Nacional); 10/06/2015; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF150681.
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Acceso al consumo, acceso a la vida"; www.saij.gob.ar; 9/8/2017.
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Decimonovena parte (Taxonomía de los derechos de Consumidores y usuarios)"; www.saij.gob.ar, 4/1/2018.
- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO, "Primeros pasos en el Derecho del consumo: Panorama general de las Directrices de la Organización de Naciones Unidas (Nueva York y Ginebra, 2016)"; 12/6/2018; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF180105.
- KENNEDY, JOHN F.; "Mensaje especial para el Congreso sobre la protección de los intereses del consumidor; 15 de marzo de 1962.
- LOWENROSEN, FLAVIO I.; Algunas reflexiones sobre el concepto "deber de seguridad del proveedor"; (El Dial Express, 07/05/2010).
- STIGLITZ, GABRIEL A.; El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur"; LA LEY, 19/05/1995. (Tº 1995-B, 1361).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 19 DE MARZO DE 2019

:
Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01**, Ley 340 Art.2170, Ley 340 Art.2176, Constitución de la Nación Argentina Art.41 al 43, Constitución de la Nación Argentina Art.75, Ley 17.454, Ley 22.802, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.11, Ley 24.240 Art.12, Ley 24.240 Art.18, Ley 24.240 Art.20, Ley 24.240 Art.35, Ley 24.240 Art.47, Ley 24.240 Art.53, Ley 24.240 Art.54, Ley 24.240 Art.55, Ley 24.240 Art.58, Ley 24.240 Art.59, Ley 24.240 Art.60, Ley 24.240 Art.62, LEY 25156, LEY 26.993, Ley 23.313 Art.11 al 14, LEY I - N  2.963, **128.TRA I 000000 1948 12 10** Art.25*

El beneficio de justicia gratuita de consumidores y usuarios en un fallo judicial

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.sajj.gob.ar, 21 DE JUNIO DE 2019

TEMA

ACCION JUDICIAL-BENEFICIO DE GRATUIDAD-RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Resumen. El denominado "beneficio de justicia gratuita" opera en sede judicial como eximente de las imposiciones económicas causídicas que pudieren cargar sobre consumidores y usuarios. El fallo en comentario diseña un criterio de alcance amplio que incluye las costas del proceso.

1. Según el art. 53, último párrafo, de la Ley de Defensa del Consumidor (n° 24.240 y mod. -LDC-), "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"; asimismo, el art. 55, LDC, dispone que "las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita". En estas normas se constata el 'principio de economía' vigente en nuestra materia, atento a que "el fenómeno del consumo... ubica a sus protagonistas (consumidores/usuarios) en una posición de desventaja comparativa con relación a los proveedores en la estructura de consumo...por lo que] resulta equitativo entonces, al menos inicialmente, eximir al "débil" de cargas económicas cuando debe efectuar un reclamo proveniente de una relación de consumo, facilitándole el libre acceso a las vías pertinentes" (CONDOMÍ, 25/10/2013).

2. En autos "OIZA GABRIEL HERNAN C/ ALRA S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)", de fecha 14/05/2019, la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Depto. Jud. Azul, Pcia. Bs.As., al resolver sobre la imposición de costas en un fallo que, en lo relativo a la cuestión de fondo, resultó adversa al actor -consumidor-, decide revocar la sentencia de grado específicamente sobre aquella cuestión, eximiendo ahora al vencido del pago de las mismas "por encontrarse actualmente amparado por el beneficio de gratuidad...dejando a salvo la facultad de la demandada de demostrar la solvencia de aquél mediante el incidente correspondiente (arts. 14, 28, 42, 121 y ccs. de la C.N.; arts. 3, 53 in fine, 55 y 65 de la ley 24.240, ref. por ley 26.361; doct. arts. 1094 y 1095 del CCyC.)"; en consecuencia, el 'ad quem' aplica, a favor del consumidor, el "beneficio de justicia gratuita" mentado en las normas consumatarias antes transcriptas. (Consta, asimismo, que en la primera instancia, se había eximido "al actor del pago de la tasa y de la sobre tasa de justicia", circunstancia no debatida en la causa.)

3. El tribunal funda su resolución eximente en "el espíritu decididamente tuitivo de la Carta Magna y de la ley 24.240 y sus modificatorias, el que -por otro lado también fue consagrado en forma expresa por el Código Civil y Comercial (arts. 14, 28, 31, 42, 75 inc. 22, 121 C.N.; arts. 1, 3, 65 y ccs. de la ley 24.240; arts. 1094 y 1095 del CCyC)"; en particular, se refiere al art. 1094, Cód. cit., que, en lo pertinente, establece el "principio -genérico- de protección del consumidor" -principio 'pro consummatore'-, y el de "interpretación más favorable al consumidor" -'favor debilis'- (CONDOMÍ, loc. cit.).

4. A su turno, el 'ad quem' focaliza su atención en la disposición prevista en el art. 25, Ley 13.133, de la Pcia. de Bs. As., relativa a la "Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios", que prescribe que "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"; pero, asimismo, agrega que "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"; esta última disposición forzaría al juzgador a imponer las costas, incluso al consumidor perdidoso, con referencia a "la capacidad económica de las partes", como reza la norma aludida; sin embargo, la Cámara interviniente aplica la eximente del art. 53, LDC, antes transcripta -según ref. por Ley 26.361, posterior a la ley provincial indicada-, dejando a salvo la facultad del proveedor/prestador de "acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio", sosteniendo que "la norma] nacional es la que reglamenta más equilibrada y razonablemente el principio protectorio de nuestra Carta Magna", atento a la alternativa que plantea.

5. Según se advierte, entonces, el fallo en comentario perfila un alcance 'más amplio' de la exención legal respecto del consumidor, al exceder el ámbito inicial del reclamo -relativo a tasa de justicia, sellado de actuación, etc.-, extendiéndola a la imposición de costas; con la salvedad del art. 53, 'in fine', transcripto 'supra'. En suma: el denominado "beneficio de justicia gratuita" -o "beneficio de gratuidad", según expresa el tribunal-, concede cobertura eximente a consumidores y usuarios, en reclamos individuales o colectivos, respecto de cualquier "imposición económica" en sede judicial, incluyendo las costas causídicas.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 21 DE JUNIO DE 2019

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1094 al 1095, Constitución de la Nación Argentina Art.14, Constitución de la Nación Argentina Art.28, Constitución de la Nación Argentina Art.31, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Constitución de la Nación Argentina Art.75, Constitución de la Nación Argentina Art.121, Ley 24.240 Art.1, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.53, Ley 24.240 Art.55, Ley 24.240 Art.65, Ley 24.240, LEY 26.361, LEY 13.133 Art.25*
Ref. Jurisprudenciales: "Oiza, Gabriel Hern n c/ ALRA S.A. y otros s/ Daños y perjuicios incump. contractual (Exc. Estado)", Excma. C mara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Depto. Jud. Azul, Pcia. Bs.As., 14/05/2019

REF. BIBLIOGRAFICAS

-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte"; 25/10/2013; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF130328

Concurrencia de resarcimiento y multa administrativa en un caso judicial de derecho del consumo

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 13 DE AGOSTO DE 2019

TEMA

RELACION DE CONSUMO-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-PRESTACION DE SERVICIOS-RESPONSABILIDAD DEL BANCO-INDEMNIZACION-MULTA ADMINISTRATIVA

TEXTO

Resumen. En el fallo en comentario, confirmatorio de la sentencia apelada, se admite la concurrencia de la indemnización acordada en sede comercial con la multa administrativa aplicada en el decisorio recurrido, en virtud de no reunirse en el caso los requisitos necesarios para constituirse el 'non bis in idem' pretendido por el apelante.

El fallo judicial objeto de estas breves reflexiones, dictado por la Sala III de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo Federal, con fecha 13/06/2019, en autos "BANCO ITAU ARGENTINO SA c/ DNCI s/DEFENSA DEL CONSUMIDOR - LEY 24.240 - ART 45" (fuente:<https://www.abogados.com.ar>) coadyuva a determinar, conceptualmente y en cuanto a sus respectivos alcances, la diferencia existente entre el resarcimiento de daños y la multa aplicada al proveedor en sede administrativa. La Dirección Nacional de Defensa del Consumidor (DNDC) aplicó, a la luego parte actora, una multa por infracción al art. 19, Ley de Defensa del Consumidor (LDC) -referido a las modalidades de prestación del servicio-, y la publicación de lo resuelto, en los términos del art. 47, ley cit., en virtud de lo cual, la demandante interpone el recurso de apelación previsto en el art. 45, ley cit.

En cuanto a los hechos de la causa, cabe mencionar: a) el denunciante comunica y acredita el fallecimiento de su padre, cliente del Banco, a fin de que éste "se abstenga de seguir cobrando costos de mantenimiento, intereses u otro cargo relacionado con las mismas", id. est, las tarjetas y cuentas del titular extinto; b) ante el silencio del requerido se insiste en el reclamo, pero éste persiste en su conducta contumaz, imponiendo cargos indebidos en las cuentas aludidas; c) el denunciante se presenta, entonces, ante el COPREC (CONDOMÍ, 27/10/2014, 08/05/2015) requiriendo "devolución del dinero, rescisión del contrato y resarcimiento por los gastos generados y pérdida de tiempo"; d) no habiendo arribado a un acuerdo, se concluyó la etapa conciliatoria, girándose las actuaciones a la DNDC, la que termina imponiendo a la empresa las condenas antes citadas; e) oportunamente -según surge de los considerandos del fallo en comentario-, tramitó un juicio en el fuero Comercial, "en el cual las partes concordaron, por todo rubro reclamado, la suma de cincuenta mil pesos -\$50.000- y, en consecuencia, el banco sumariado, ofreció dar de baja todos los productos financieros que estuvieran a nombre del titular -fallecido- y entregar al denunciante, el libre deuda correspondiente", circunstancias que se acreditan en el sub-lite, razón por la cual, sostiene la entidad demandante, "la pretensión del denunciante habría sido resuelta en sede judicial" -comercial-.

Ahora bien, el fallo sub-análisis, argumentando sobre la base del principio 'pro consummatore' (CONDOMÍ, 20/10/2011, 25/10/2013) entiende que el proveedor "no respetó, respecto del denunciante, los términos, plazos, condiciones y demás circunstancias conforme a las cuales ha sido convenida la prestación del servicio razón por la cual cabe concluir que, se encuentra acreditado el incumplimiento al art. 19 de la Ley N° 24.240 haciéndose pasible la demandada de la aplicación de la sanción prevista en el art. 47 de la mencionada ley; destaca la Sala interviniente, en este sentido, la responsabilidad 'objetiva' del apelante, por la sola omisión de los deberes a su cargo. Asimismo, pone de relevancia que el régimen consumeril tiende a restablecer "una posición de equilibrio" en las relaciones de los consumidores "con sus empresarios" -dada la 'asimetría' en dicho vínculo-, y a "preservar la lealtad en las relaciones comerciales"; a la par -faltaría agregar- de haberse vulnerado el principio de

'buena fe/transparencia' vigente en la materia (CONDOMÍ, 25/10/2013, cit.).

De los hechos reseñados en el apartado segundo de este trabajo, surge la tramitación de dos causas judiciales: una, en el fuero comercial; la otra, en el fuero contencioso administrativo federal, objeto de las presentes reflexiones. A este respecto, entendiendo el tribunal que el apelante pretende encuadrarse en el principio 'non bis in idem', en virtud de que en sede comercial se arribó a un acuerdo -según parece, cumplido por el proveedor, habiéndose satisfecho la pretensión del denunciante, según afirma la entidad bancaria-, la resolución de la Alzada rechaza tal criterio, diferenciando el resarcimiento judicial obtenido por el denunciante -de carácter indemnizatorio-, tendiente a "resarcir los intereses del consumidor que resulten afectados", de la sanción impuesta en sede administrativa -multa-, que apunta a "la debida protección de todos los consumidores y usuarios de los bienes y servicios"; en consecuencia, aún ocupándose las actuaciones en ambos ámbitos de "identidad de persona perseguida, y del mismo hecho", no obstante, sostiene el fallo que "no se trató de la misma fuente de persecución", por lo que no concurre en autos el tercero ("misma fuente de persecución") de los tres factores que habilitarían el 'non bis in idem' pretendido por la empresa. Por cierto, esta interpretación de la Cámara refuerza la idea de que la sanción administrativa tiende a reprimir ilícitos en la esfera del consumo que afecten, principalmente, "al colectivo de consumidores y usuarios", criterio que permite, a la vez, sustentar la distinción entre multa administrativa y multa civil ('daño punitivo') -ambos de carácter no indemnizatorio-, sobre la base de los 'intereses predominantemente vulnerados'; en tal sentido, he sostenido en un trabajo anterior (18/10/2017) que 'parece razonable enfocar la graduación y aplicación de las respectivas multas, desde aquel ángulo, atendiendo prioritariamente, sobre la base de las 'circunstancias del caso', a los 'intereses afectados' por el incumplimiento del proveedor: intereses 'comunitarios' -en particular, el 'colectivo' de consumidores-, multa administrativa; o intereses 'particulares' -aun de incidencia colectiva, arg. art. 54, LDC- del o de los consumidores damnificados, multa civil. A tal fin, el juez cuenta con facultades correctivas suficientes para morigerar o enervar las "condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles" (punición excesiva; arts. 1714 y 1715, CCC, cit)'. En suma, la Sala interviniente rechaza la apelación, confirmando lo decidido por la autoridad administrativa.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 13 DE AGOSTO DE 2019

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1714, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1715, Ley 24.240 Art.19, Ley 24.240 Art.45, Ley 24.240 Art.47, Ley 24.240 Art.54, Ley 24.240*

REF. BIBLIOGRAFICAS

-CONDOMÍ, A.M.; Reflexiones generales sobre Defensa del Consumidor y Sistema Arbitral de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (primeras aproximaciones); www.infojus.gov.ar; 20/10/2011.

-CONDOMÍ, ALFREDOMARIO; Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte; 25/10/2013; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF130328.

-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Introducción al nuevo régimen de resolución de conflictos en las relaciones de consumo; 27/10/2014; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF140778.

-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Comentario a la reglamentación del sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo (COPREC) ((Dto. N° 202/2015); www.infojus.gov.ar, 8/5/2015.

-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Acerca de la Constitucionalidad del daño punitivo o multa civil en el derecho del consumo argentino"; 18/10/2017; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF170420.

El consumidor frente a las cláusulas abusivas

MAC DONALD, ANDREA FABIANA

Publicación: www.saij.gob.ar, 4 DE SETIEMBRE DE 2019

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-CLAUSULAS ABUSIVAS-PUBLICIDAD-INFORMACION AL CONSUMIDOR-PUBLICIDAD COMPARATIVA-PUBLICIDAD ENGAÑOSA

TEXTO

I-Noción de cláusula abusiva. Caracteres. Efectos en los contratos de consumo.

Las cláusulas abusivas constituyen uno de los temas de importancia en las relaciones de consumo, siendo de efectos macroeconómicos en las contrataciones civiles y comerciales representando daños y perjuicios a los consumidores y originando costos económicos y sociales.

Una primera definición sobre cláusula abusiva sería aquella cuyo contenido va en contra de las exigencias de la buena fe del consumidor y que en detrimento del consumidor, produce un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede asumir el carácter de condición general o no, ya que también puede darse en contrataciones particulares cuando no exista negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares (1).

Dichas cláusulas abusivas provocan desde el punto de vista macroeconómico serias externalidades negativas en las relaciones de consumo entre consumidores y demandantes en el intercambio de bienes y servicios (2).

FARINA considera que "las cláusulas abusivas son aquellas impuestas unilateralmente por el empresario y que perjudiquen a la otra parte o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio de los consumidores y usuarios"(3).

RINESSI expresa que "la terminología que se utiliza para designar las cláusulas que favorecen desmedidamente a una de las partes en perjuicio de la otra y con transgresión del mandato de buena fe puede adoptar distintas coloraciones, pero en general indica siempre que, mediante la utilización de ciertos recursos técnicos, como las cláusulas de las condiciones negociales generales, una de las partes se procura una situación de privilegio en caso de litigio"(4).

Las cláusulas abusivas conforman las denominadas prácticas abusivas comerciales y que se ejercen a través de la información y la publicidad del producto que se comercializa.

LORENZETTI manifiesta que "las prácticas comerciales son los procedimientos, mecanismos, métodos y técnicas utilizados para fomentar, mantener, desenvolver y garantizar la producción de bienes y servicios"(5).

Interpretamos que las características de las cláusulas abusivas son las siguientes(6):

1-Son contrarias a la buena fe del consumidor o usuario de un bien o servicio.

2-Favorece siempre a una de las partes en perjuicio de la otra.

3-Provoca efectos distorsivos en la información y en la publicidad del producto que se comercializa.

4-Origina en los contratos de consumo serios costos económicos y sociales al consumidor siendo la parte más débil del contrato.

5-Provocan serias externalidades negativas en las relaciones de consumo.

II-Las cláusulas abusivas en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino.

Las cláusulas abusivas se encuentran reguladas por el nuevo Código Civil en Capítulo 4 en los artículos 1117 hasta el art.1122.

ARTICULO 1117.- Normas aplicables. Se aplican en este Capítulo lo dispuesto

por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes.

ARTICULO 1118.- Control de incorporación. Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.

ARTICULO 1119.- Regla general. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, 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.

ARTICULO 1120.- Situación jurídica abusiva. Se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.

CAUSSE y PETTIS consideran que "no existe limitación alguna para el ejercicio del control de cláusulas que puedan considerarse abusivas por desnaturalizar los derechos y obligaciones típicas de un negocio (se negocien cláusulas genérica o individualmente). Las cláusulas abusivas tienden a desnaturalizar un vínculo originalmente válido al incorporar un contenido que importa la idea de desequilibrio o alteración contractual"(7).

ARTICULO 1121.- Límites. No pueden ser declaradas abusivas:

- a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado;
- b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.

La presente normativa establece los supuestos en los cuales no configuran cláusulas abusivas en los incisos a y b de la misma.

ARTICULO 1122.- Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas:

- a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control;
- b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas;
- c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad;
- d) cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075.

Aquí el legislador establece el control judicial de las cláusulas abusivas incorporando la figura del juez el cual puede declarar la nulidad parcial del contrato y en los casos que se pruebe una situación jurídica derivada de contratos conexos podrá aplicar lo dispuesto en el art. 1075 del Código Civil que hace referencia al ejercicio del derecho de revocación en el cual el consumidor no tiene obligación de reembolsar cantidad alguna en los casos de disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso (8).

III-Las cláusulas abusivas en el artículo 37 de la ley 24.240 (Modif. ley 26.361).

La ley 24.240 de Defensa del Consumidor en su art. 37 no define a las cláusulas abusivas, sino que establece cuales son los casos en los cuales no se tendrán por "no convenidas" en la validez del contrato, dando tres supuestos fundamentales (9); así el art 37 dice:"Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

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.

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".

Al respecto, VAZQUEZ FERREYRA y ROMERA señalan: "el tema de las cláusulas abusivas es propio de las modernas formas de contratación en donde el negocio jurídico ya no es obra de la discusión y posterior acuerdo de voluntades, sino que viene impuesto por la parte más fuerte de la relación"(10).

LORENZETTI señala que "el texto que comentamos tiene tres incisos que dan diversos parámetros para saber cuando una cláusula es abusiva. Algunos señalan criterios generales como las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, las que importen restricciones o renunciaciones de los derechos de consumidores o amplíen los de la otra parte. En cambio, son particulares, las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños o las cláusulas que convengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba. Además, hay que bucear en el texto íntegro de la ley para indagar otros principios generales que permitan construir lo abusivo y lógicamente en los principios de derecho común que son fuente de integración según el art 3 de la ley"(11).

De ahí que interpretamos que las cláusulas abusivas según el art 37 de la Ley 24.240 (modif. Ley 26.361) se desprenden como caracteres esenciales (12):

a-Aquellas que desnaturalicen obligaciones (esto abarca a los oferentes, distribuidores y proveedores de bienes y servicios).

b-Aquellas que importen restricciones o renunciaciones de los derechos de los consumidores o amplíen los de la otra parte (incluye el derecho a la información y limitan la responsabilidad del oferente del bien o servicio).

c-Aquellas que limiten la responsabilidad por daños o aquellas que se convengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba (comprende a los comerciantes y empresarios).

IV- La publicidad en los consumidores en el artículo 8 de la ley 24.240. Noción. Publicidad y marketing de bienes y servicios.

La publicidad se considera como un instrumento de comunicación a través del cual se captan la mayor cantidad de consumidores frente a un producto, bien o servicio; no toda publicidad es mala, siempre y cuando no revista caracteres fuera de la ley y que ocasionen serios daños y perjuicios a los demandantes de productos en el mercado (13).

Al respecto, PINESE y CORBALAN señalan que "la publicidad se presenta como la forma más frecuente y tal vez más idónea, de llegada de la oferta a consumidores o usuarios potenciales indeterminados, sobrada razón por la cual deber ser objeto de regulación" (14).

Coincidimos con ambos juristas en que la publicidad debe ser objeto de regulación y que la misma debe prevenir a los consumidores de los posibles daños y perjuicios que puedan representar serios costos económicos y sociales (15).

Ahora bien, uno de los interrogantes que se plantean es saber si la publicidad es igual al marketing o hay diferencias entre ellas en materia de consumo? . Tanto la publicidad como el marketing juegan un rol principal en las relaciones de consumo ya que los consumidores de bienes y servicios, hoy en día forman parte de la sociedad de consumo, en donde cada vez necesitan satisfacer sus necesidades ilimitadas frente a los recursos escasos dentro de la economía de consumo (16).

OTTAVIANO señala que "el marketing tiene como objetivo influir en las decisiones de las personas, este implica la planificación del concepto, precio, promoción y distribución de bienes, servicios e ideas. Las técnicas de marketing son utilizadas por las organizaciones para crear conciencia de sus marcas y productos. Mientras que la publicidad tiene como objetivo influir y persuadir a la gente en lugar de informar. La publicidad puede lograr construir conexiones entre las personas, las marcas y los productos. Hay casos en que la misma no pueda hacer que la gente compre cosas, pero pueden influenciar hasta el punto de moldear el comportamiento social"(17).

En cuanto a la regulación de la publicidad en materia de consumo, el art 8 de la Ley 24.240 hace referencia a los efectos de la publicidad pero no define en consecuencia que es la publicidad.

El art 8 de la ley 24.240 expresa: "Las precisiones formuladas en la publicidad y 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 las ofertas 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. (párrafo incorporado por art.1 de la ley 24.787. 2/4/97). "

En la presente normativa, se hace mención de la publicidad en vinculación con los servicios públicos como el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos y que impone como requisitos el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente(18).

Interpretamos que "la publicidad es la promoción del producto o servicio y que provoca en el consumidor un impacto de importancia en la adquisición de un bien o servicio; dijimos además que la misma tiene que ser de carácter informativo y además motivarlo; esto último tiene que ver con los incentivos que en economía lo definimos como a la motivación que tenga el consumidor en su finalidad de satisfacer sus necesidades"(19).

KOVACS considera que "el principio general que rige la información comercial se centra en que aquello que se diga sobre un producto no debe ser susceptible de inducir a engaño al consumidor; de esa forma se busca que en el mercado reine la realidad y la transparencia en la competencia protegiendo al consumidor del engaño que podría sufrir con ocasión a la información engañosa que le es transmitida y al competidor del desvío de su clientela mediante mecanismos indebidos"(20).

Es decir, que el consumidor para que no sea engañado debe emplear las normas basadas en el denominado principio de veracidad el cual significa que el mismo debe reflejar la transparencia suficiente del mensaje emitido por el anunciante al publicitar el producto evitando de esta forma una imagen distorsionada del mismo hacia el destinatario que es el consumidor"(21).

V-La publicidad comparativa en los consumidores y en la defensa de la competencia.

PAREDES consideran que "la publicidad comparativa tiene la potencialidad de reducir barreras a la entrada y aumentar la competencia en los mercados. No obstante, en la práctica, la publicidad comparativa es muy limitada y casi inexistente"; agrega el mencionado autor que "la publicidad es un proceso de comunicación unipersonal y controlado que, a través de medios masivos, da a conocer productos y servicios con el objeto de influir en la aceptación del consumidor"(22).

Otros autores como WILKIE y FARRIS han efectuado una descripción histórica de la publicidad comparativa en los EEUU desde sus orígenes; los mencionados autores consideran que "la publicidad comparativa es una poderosa herramienta de marketing"(23).

GREWAL ha hecho referencia de la publicidad comparativa en cuanto a la efectividad de la misma en vinculación con la no comparativa. El mencionado autor opina que "los resultados de la publicidad comparativa es más efectiva que la no comparativa en la atención atraída al reconocimiento positivo de la marca y a la intención de compra"(24).

OK JEONG y SHARON BEATTY al hacer referencia a la publicidad comparativa han considerado que "en países donde la publicidad comparativa no es usual, su efectividad es sustancialmente mayor a la que se observa en los EE UU donde los consumidores ya estarían acostumbrados a la práctica"(25).

PECHMANN y STEWART han efectuado estudios sobre los efectos de la publicidad

comparativa en el mencionado país; dichos especialistas sobre la base de los análisis realizados sobre el tema, consideran que "la publicidad comparativa indirecta es la más efectiva para promover marcas y productos con mediana participación de mercado; en relación a la publicidad comparativa directa se han encontrado una alta participación y un incremento de la intención de compra de parte de los consumidores"(26).

Consideramos por nuestra parte, que la publicidad comparativa es una herramienta clave y central en la estrategia de productos y empresas. De allí que la misma debe ser ejercida conforme a la legislación vigente basada en el respeto del consumidor y de los competidores, con el fin de realizar una publicidad legal, veraz, leal y socialmente responsable y que se logre informar debidamente, sin perjudicar a ningún consumidor ni oferente de bienes y servicios en el mercado (27).

La publicidad comparativa está asociada a la idea del orden del mercado, es decir el derecho a la libertad de expresión comercial que tenga cada consumidor y cada oferente en el mercado tal como Adam Smith plasmara en sus ideales de la escuela clásica. Ello debe conducir al buen ejercicio del derecho a la libertad con responsabilidad a través de la realización de una publicidad respetuosa del consumidor y de los competidores en favor de una competencia leal, evitando el uso de exageraciones o expresiones superlativas infundadas y contando con información, estudios de mercado o tests estadísticamente robustos y de relevancia y pertinencia que respalden la información que se brinde en los mensajes, efectuados o avalados por terceros independientes de reconocido prestigio e idoneidad en la materia.

El Código Civil en su art. 1101 hace referencia a tres supuestos en los cuales la publicidad está prohibida:

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 la salud o seguridad.

Aquí el legislador ha plasmado en la presente normativa de proteger al consumidor de posibles publicidades engañosas o comparativas de bienes y servicios que induzcan a error y que pueden configurar conductas abusivas o discriminatorias del propio oferente de bienes y servicios (28).

El Código de Ética y Autorregulación Publicitaria hace referencia a las promociones comparativas en su art 30: "En el caso de promociones comparativas en las que se pongan de relieve bondades de un producto o servicio en relación con otro competidor, incluyendo aquellas que pretendan mostrar ventajas de performance o beneficios funcionales distintivos, se deberá acreditar el cumplimiento de normas locales e internacionales aplicables y el procedimiento científico- técnico que permita verificar su autenticidad y la relevancia estadístico- científica de sus conclusiones. Asimismo , la mecánica de la promoción deberá garantizar que la citada demostración debe ser replicable en igualdad de condiciones y con los mismos elementos y productos utilizados en cada oportunidad en que se realice la demostración al público..."

VI-La publicidad engañosa en el consumidor. Noción. La publicidad engañosa en la ley 24.240 de defensa del consumidor y en la ley 22.802 de lealtad comercial. Jurisprudencia argentina.

COHEN SABBAN considera que "la publicidad engañosa es una práctica que se produce con frecuencia en nuestro país, en donde pese a existir una regulación sobre el tema, cada vez son más las empresas sancionadas por esa práctica. Puede consistir en brindar información insuficiente o hacer referencia a características que el producto no posee"(29).

Interpretamos que la publicidad engañosa es aquella que comprende un conjunto de datos de información errónea tendiente a conducir al consumidor de bienes y servicios a confusión o error en la adquisición de los mismos en el mercado,

ocasionando serios daños y perjuicios en sus intereses económicos tanto individuales como colectivos (30).

Si bien la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor con las modificaciones introducidas por la ley 26.361 y la Ley 22.802 de Lealtad Comercial no definen a la publicidad engañosa, el art. 8 de la Ley 22.802 expresa: "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."

Por su parte, la jurisprudencia argentina hace mención en diversas sentencias sobre el tema de la publicidad engañosa en el consumidor:

1-La empresa proveedora del servicio de telefonía celular debe entregar un automóvil 0 km a un usuario que contestó todas las preguntas enviadas por la compañía a su teléfono para ganar dicho vehículo, pues no es de recibo el argumento de que lo ganado era el derecho a participar en el sorteo del automotor, ya que en momento alguno del intercambio de mensajes la accionada hace referencia alguna a la existencia de bases de un concurso y a la necesidad y/o conveniencia de que el actor procediera a consultar las mismas, lo que ya de por sí denota la existencia de publicidad engañosa, es que, si el actor hubiese sabido que lo único que obtenía era un derecho a participar en sorteo por la Lotería Nacional, no hubiera jugado (31).

2-Condena solidariamente a una entidad mutual que, junto con una sociedad de capitalización y ahorro, suministraron publicidad engañosa al accionante, quien creyó estar adherido a un plan de ahorro para la adjudicación de un automotor, en tanto se advierte que el actor, en las condiciones en que se le ofreciera el Plan de Ahorro, no captó correctamente la información que se le suministrara, pues el cupón le fue entregado en un estadio de fútbol, siendo luego convocado por altoparlantes informándosele que había sido ganador de una suscripción de un plan de un automóvil, llamándosele posteriormente para que se apersona a las oficinas a fin de cumplimentar la suscripción de la solicitud de incorporación al título de capitalización y ahorro, por un lado, y a la asociación a la Mutual, por el otro, máxime teniendo en cuenta que la folletería y los comprobantes de pago acompañados apuntan al propósito de generar confusión, induciendo al actor a asumir que la Mutual representaba a la empresa(32).

c-La empresa demandada deberá cesar la difusión de una campaña publicitaria, en la cual se da a entender que una de las marcas que comercializa es patrocinadora oficial del seleccionado argentino de fútbol cuando en realidad lo es la marca de una empresa competidora, dado que la utilización de la imagen de un futbolista, puede razonablemente generar confusión en el público consumidor, teniendo en cuenta el derecho constitucional de los consumidores a una información adecuada y veraz y a la protección de la libertad de elección (33).

d-Cabe condenar a la empresa importadora demandada por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de su deber de información y de brindar publicidad idónea, en su carácter de proveedor de un electrodoméstico que la actora adquirió erróneamente creyendo que era de fabricación norteamericana, pues si bien el artefacto exhibía la leyenda que indicaba esa procedencia - "made in USA"-, el motor del producto no correspondía al origen consignado en la publicidad, sino que fue fabricado en otro país, lo que debió ser informado al consumidor de modo fehaciente y claro(34).

e-Corresponde confirmar la multa aplicada por la Secretaría de Comercio Interior a la sociedad anónima por infracción a la norma de la Ley de Lealtad Comercial que prohíbe la publicidad engañosa. Se atribuye a la sancionada haber anunciado por distintos medios de publicidad el ofrecimiento de productos afirmando que su ingestión serviría para lograr rápidos y eficaces adelgazamientos sin necesidad de dietas ni de ejercicios físicos. -En efecto, los avisos que anuncian "-éxito comprobado!", en sólo 8 días 5 kilos menos" y en los que, inclusive se llega a expresar que el producto es "un milagro para perder kilos de más" y que "Ahora se ha descubierto de nuevo este milagro para adelgazar" demuestran la falta de seriedad del anunciante. El contexto de esos avisos tiende a crear la imagen de experiencias científicas suficientemente comprobadas lo que es susceptible de inducir a engaño a los consumidores (35).

f-Toda vez que la contratación de un plan de asistencia al viajero publicitado en un aviso cuyo incumplimiento se invoca, fue celebrada antes de la entrada en vigencia de la ley 24.240, no corresponde analizar la cuestión a la luz de dicha norma; en consecuencia, si entre la publicación del aviso en cuestión y el momento de la contratación, se publicaron nuevos avisos con distintas condiciones, no puede alegarse que la prestadora del servicio haya tenido el propósito de inducir a engaño respecto de las verdaderas condiciones del servicio promocionado, no correspondiendo responsabilizarla por no cumplir con lo publicitado en el primer aviso (36).

g- El fin que se persigue con la ley 22.802 de Lealtad Comercial es evitar que los consumidores, mediante publicidades poco precisas, que contengan inexactitudes u ocultamientos puedan ser inducidos a error, engaño o confusión en la adquisición de productos o mercaderías o en la contratación de servicios; de tal modo, se pretende preservar la lealtad en las relaciones comerciales, la cual abarca los derechos de los consumidores y los de los competidores, tutelando la libertad, la debida información y la transparencia en aquellas actividades (37).

A modo de conclusión:

De acuerdo a lo expuesto en el presente análisis, llegamos a las siguientes conclusiones:

1-Las cláusulas abusivas constituyen uno de los temas de importancia en las relaciones de consumo, siendo de efectos macroeconómicos en las contrataciones civiles y comerciales representando daños y perjuicios a los consumidores y originando costos económicos y sociales.

2- Las cláusulas abusivas conforman las denominadas prácticas abusivas comerciales y que se ejercen a través de la información y la publicidad del producto que se comercializa.

3-La publicidad se considera como un instrumento de comunicación a través del cual se captan la mayor cantidad de consumidores frente a un producto, bien o servicio; no toda publicidad es mala, siempre y cuando no revista caracteres fuera de la ley y que ocasionen serios daños y perjuicios a los demandantes de productos en el mercado.

4-Consideramos por nuestra parte, que la publicidad comparativa es una herramienta clave y central en la estrategia de productos y empresas. De allí que la misma debe ser ejercida conforme a la legislación vigente basada en el respeto del consumidor y de los competidores, con el fin de realizar una publicidad legal, veraz, leal y socialmente responsable y que se logre informar debidamente, sin perjudicar a ningún consumidor ni oferente de bienes y servicios en el mercado.

Notas al pie:

(*) Adjunta interina de la catedra Análisis económico y financiero. Jefa de trabajos prácticos de la catedra Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Buenos Aires - Facultad de derecho.

1)Definición de la autora.

2)Comentario de la autora.

3)Ver Fariña, Juan M: "Defensa del consumidor y del usuario. Ob. citada.

4)Ver Rines si, Antonio J: ob. Citada.

5)Ver Lorenzetti, Ricardo L: "Consumidores" - Santa Fe -Rubinzal Culzoni. Año 2009.

6)Comentario de la autora.

7)Ver Causse, Federico J. - Pettis, Christian R. : "Codigo Civil y Comercial - Explicado". Legislacion complementaria. Tomo II - Texto comentado. Editorial Estudio.

8)Comentario de la autora.

9)Comentario de la autora.

10) Ver Vazquez Ferreyra, R. - Romera, O: "Protección y defensa del consumidor". - Depalma - Buenos Aires, 1994.

11)Ver Lorenzetti, Ricardo l.: "Principios generales de calificación de la cláusula abusiva en la ley 24240". - LL, 1994-C, 918.

12)Interpretacion de la autora.

13)Nocion de la autora.

14)Ver Pinese Graciela G.- Corbalan Pablo S. ob. ctada.

15)Opinion de la autora.

16)Opini3n de la autora.

17)Ver Ottaviano, Sonia E. "Análisis del Impacto de la Publicidad en las

Decisiones de Consumo en los Niños".

18)Comentario de la autora.

19)Ver Mac Donald, Andrea F. "El consumidor, la asimetría de la información y los precios discriminatorios". Revista EL DIAL.COM Suplemento del consumidor - Director: Flavio I. Lowenrosen. - Noviembre 2004. EDITORIAL ALBREMÁTICA

20)Ver Kovacs, Jorge J. "Publicidad engañosa: análisis comparativo. Boletín Latinoamericano de Defensa de la Competencia - Nro. 20 - junio 2005. Director Juan Riviere.

21)Ver Mac Donald Andrea F: Ob. cit.

22)Ver Paredes, Ricardo "Límites a la publicidad comparativa y jurisprudencia. Antimonopolios en Chile". (www.ingenieriaindustrial.cl)-.

23)Ver Wlkie W. y Farris, P: "Comparison advertising - Problems and potentials Journal of marketing." (1975).

24)Ver Grewal, P: "Comparative advertising, problems and potentials Journal of marketing" (1975).

25)Ver Ok Jeong y Beatty S : "A CROSS CULTURAL Investigation of the relative effective of comparative advertising".

26)Ver Pechmann y Stewart "That use of comparative advertising". Journal of consumer research 18.

27)Opinion de la autora.

28)Comentario de la autora.

29)Ver Cohen Sabban. Judith: "Publicidad Engañosa". Diario Judicial - año 2010.

30)Definición de la autora.

31)Ver autos "Gastaldi, Miguel Antonio c/ AMX Argentina S.A. s/ Incumplimiento Contractual" SENTENCIA del 11 DE AGOSTO DE 2014. Juzgado Civil y Comercial Nro. 3 Rosario, Santa Fe.

32)Ver autos "M., E. c/ Planauto para fines determinados S.A. de cap. y ahorro; APLA (Asociación Mutua entre Trab. y Adherentes a Planauto) s/ Sumarísimo o Verbal SENTENCIA del 17 DE SETIEMBRE DE 2015. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la provincia de Salta.

33)Ver autos "Asociación del Fútbol Argentino y Otros c/ Unilever de Argentina S.A. s/ Medidas cautelares" SENTENCIA del 10 DE JUNIO DE 2014. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - Capital Federal. Sala III.

34)Ver autos "Rossi, Laura Viviana c/ Whirlpool Argentina S.A. s/ daños y perjuicios SENTENCIA del 11 DE JUNIO DE 2013- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial - Azul Buenos Aires - Sala II.

35)Ver autos "SPRAYETTE S.A. s/ LEY 22.802". Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Capital Federal. Sala A- agosto de 2008.

36)Ver autos "SUAREZ, Nélida c/ Assist Card SA s/ ordinario". Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Sala E. Febrero del año 2000.

37)Ver autos "ARGENTOIL S.A. s/ Lealtad comercial", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico - Capital Federal. Diciembre del año 2005.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 4 DE SETIEMBRE DE 2019

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1075, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1101, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1117 al 1122, Ley 22.802, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.8, Ley 24.240 Art.37, Ley 24.240, LEY 26.361

Ref. Jurisprudenciales: "SUAREZ, NELIDA c/ ASSIST CARD SA s/ ORD.", CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÀNOMA DE BUENOS AIRES, sala E, 24/02/2000, "ARGENTOIL S.A. s/ Lealtad comercial", CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÀNOMA DE BUENOS AIRES, sala B, 26/12/2005, "SPRAYETTE S.A. s/ LEY 22.802", CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÀNOMA DE BUENOS AIRES, sala A, 27/08/2008, "Rossi, Laura Viviana c/ Whirlpool Argentina S.A. s/ daños y perjuicios", CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL. AZUL, BUENOS AIRES, sala 02, 11/06/2013, "Asociación del Fútbol Argentino y Otros c/ Unilever de Argentina S.A. s/ Medidas cautelares",

CAMARA NAC. DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL FEDERAL. CAPITAL FEDERAL,
CIUDAD AUTÀNOMA DE BUENOS AIRES, sala 03, 10/06/2014, "Gastaldi, Miguel
Antonio c/ AMX Argentina S.A. s/ Incumplimiento Contractual", . Juzgado Civil
y Comercial Nro. 3 Rosario, Santa Fe, 11/08/2014

Una nueva teoría general de los contratos. Capítulo introductorio

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 5 DE ABRIL DE 2019

TEMA

CONTRATOS-LIBERTAD DE CONTRATAR

TEXTO

a) La obligatoriedad contractual en el Código Civil y Comercial. La obligatoriedad contractual es otro de los pilares sobre los que se asienta la teoría general de la responsabilidad y por eso no es extraño que este principio se haya mantenido -como regla principal - en el código unificado vigente en el art. 959 del CCyC (1). Por otra parte; más allá del desarrollo que vamos proponer en los párrafos siguientes, lo cierto es que no es posible pensar un Derecho privado sin que los acuerdos de las partes sean obligatorios.

La obligatoriedad del contrato fue desde sus orígenes el broche dorado de la teoría contractual clásica que siempre estuvo, y en gran medida sigue estando, estructurada a la manera de un triángulo equilátero compuesto por tres lados equivalentes. Veamos un poco más detenidamente esta figura triangular. Un eje asegura el predominio de la autonomía de la voluntad, el otro la libertad de contratación y, por último, un tercer lado garantiza la obligatoriedad de la palabra empeñada en el contrato libremente celebrado. Dicho de otro modo: la teoría general del contrato paritario se organizó a partir de tres ficciones: la del sujeto autónomo, la del sujeto libre y la del sujeto responsable.

Sin embargo, hoy se sabe que la autonomía de la voluntad es mucho menos autónoma de lo que se suponía y que la libertad de contratar es irrisoria cuando se habla de bienes y servicios de consumo masivo. Empero, desoyendo esta realidad, la doctrina nacional insiste en realzar todas las reglas de una teoría que ya deberíamos llamar antigua en vez de clásica porque en nuestros días casi no tiene aplicación real.

En verdad, la teoría contractual clásica, con mejor o peores argumentos, no está orientada, a pesar de que se diga lo contrario, a proteger la libertad del sujeto, sino a garantizar la seguridad del tráfico de los bienes y servicios circulantes; por eso la seguridad jurídica sigue siendo un valor que prevalece sobre la equidad. No obstante, la mayor parte de la doctrina nacional, quizás por pudor o quizás por remordimiento, se empeña en enseñarnos que la libertad de contratación es una conquista del sujeto antes que un triunfo de la economía de mercado. La reflexión de Lorenzetti, que copiamos como nota, es un ejemplo de esta tendencia a vincular la libre contratación con la libertad del sujeto(2).

Sin perjuicio de lo dicho, y aún a riesgo de permanecer solitarios en la doctrina, no podemos soslayar que en los últimos años se han hecho notables avances en el estudio de la psicología cognitiva. Los aportes de esas ciencias nos ayudan a entender cómo funciona realmente la estructura del pensamiento humano. Pues bien, ninguno de esos estudios permite concluir que lo que el Derecho denomina acto voluntario (art. 260 CCyC) sea una construcción que involucre el discernimiento o la libertad del sujeto. Las conclusiones, para ser francos, tienen un sentido contrario: solo un reducido número de los actos que realizamos cotidianamente pasan por el filtro racional de nuestro discernimiento. En un artículo reciente, nuestro gran amigo Waldo Sobrino, siempre a la vanguardia, examina todas estas cuestiones y llega a conclusiones muy similares(3).

También, justo es reconocerlo, autores jóvenes y de gran proyección académica como Alejandro Chamatropulos nos han anticipado estas ideas relativamente recientes para nosotros(4).

Y, casi a modo de terminación anticipada de esos estudios, es posible afirmar que lo que conocemos como acto voluntario (art. 260 CCyC), a su vez compuesto por el discernimiento la intención y la libertad es una construcción jurídica completamente desvinculada del sujeto real. Dicho en otras palabras: son muy pocos los actos de la vida cotidiana que realizamos con pleno discernimiento.

Esas sofisticadas investigaciones, todavía muy poco atendidas por nuestros doctrinarios, advierten que el acto voluntario, sobre el que se construyó la teoría general del contrato, es una noción mucho más compleja que lo que supone la escueta definición que surge del art. 260 CCyC. Recordemos que esta norma, que vino a ocupar el lugar del art. 897 del viejo Código Civil, establece que la voluntad de un sujeto se integra con su discernimiento, con su intención y con una libertad tal que lo pone a resguardo de cualquier coerción a la hora de tomar decisiones eficientes.

Sin embargo, es muy poco lo que esa norma jurídica dice acerca de estos tres elementos esenciales para la formación del acto voluntario. (Cuándo tenemos discernimiento? (Cómo lo adquirimos? (Hay factores determinantes de la intención de un sujeto? (Pueden existir cuestiones que siendo inadvertidas por el sujeto modifiquen su capacidad de discernir? (Cómo actúa el inconsciente en nuestras decisiones racionales?.

Como puede verse, son muchas las preguntas que suscita la construcción del acto voluntario que nos propone nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, debe decirse que esa construcción del acto voluntario como base de todo el Derecho de las obligaciones y de los contratos rige nuestro ordenamiento jurídico desde hace aproximadamente 150 años. Sin embargo, hace décadas que la construcción del acto humano voluntario viene dando claras señales de agotamiento e insuficiencia.

En ese orden de ideas, los estudios más recientes enseñan que pocas cosas son más frágiles y sencillas que manipular que nuestro discernimiento, nuestras intenciones y la libertad con las que el Derecho nos corona para que podamos llevar adelante cada vez más complejos actos jurídicos.

El ya citado Alejandro Chamatropulos nos explica que la toma de decisiones que realizamos continuamente no se relaciona de manera directa con la información racional y objetiva que recibimos. Por el contrario, nos recuerda Chamatropulos, la estructura del pensamiento humano tiene una doble fuente de alimentación. Una primera forma de conocimiento es de tipo intuitivo (la llamaremos Sistema 1 para respetar el nombre que utiliza uno de sus creadores, el Dr. Daniel Kahneman) y otro racional (Sistema 2) (5).

La mayoría de los actos que realizamos a diario están impulsados por el sistema 1 que no es racional. Dicho en otras palabras: el discernimiento y la intención, como estructuras racionales del pensamiento, no son reglas generales sino excepcionales(6). La mayoría de las veces actuamos por intuición y no por discernimiento, "sin sensación de control voluntario", como diría el notable científico Daniel Kahneman (7). Para colmo, la intuición es una sensación tan fuerte que nos hace creer que aquello que meramente intuimos es tan verdadero como el conocimiento que adquirimos utilizando métodos y protocolos racionales. La intuición, como dice Kahneman, genera una ilusión de conocimiento; es decir: un discernimiento ilusorio(8).

Estas cuestiones nos llevan a pensar que la valoración y la trascendencia que habitualmente le asignamos a la razón está en crisis porque somos más irracionales de lo que estamos dispuestos a aceptar en una reunión de amigos.

Dan Ariely (1968, Profesor de psicología y economía conductual en Mit y Duke University.) explica que, además, somos 'previsiblemente irracionales' porque actuamos bajo ciertos patrones irracionales que se repiten. Esa constante repetición de intuiciones irracionales nos hace más dóciles a la hora de ser manipulados (9).

El autor citado desarrolla un ejemplo más o menos risueño, pero bastante serio, y nos interroga: (Sabe por qué seguimos teniendo dolor de cabeza

después de tomar una aspirina que nos cuesta cinco céntimos, pero ese mismo dolor de cabeza desaparece si la aspirina nos cuesta 50? (10).

Pero volvamos a nuestro Código Civil y Comercial aplicando estos conocimientos a la teoría general del contrato. La palabra empeñada siempre es valiosa; empero, solamente debe ser legalmente exigible cuando los contenidos del acuerdo son justos. No hay ninguna regla de la moral o de la ética que dictamine que debe ser obligatoria la palabra empeñada en un acuerdo injusto y desigual. No es cierto, como se insistió hasta el cansancio, que el cumplimiento de la palabra sea, per se, una categoría ética. En todo caso, la ética está en el contenido de lo dicho y no en las promesas de cumplirlo. Se puede prometer el cumplimiento de un acuerdo injusto, pero el ordenamiento no debe tolerar que esa promesa sea exigible con la fuerza de la ley (11).

Sin perjuicio de nuestro pensamiento particular, que explicamos en los párrafos que preceden, la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial señala que: Las disposiciones generales comienzan con la definición del contrato. Se sostiene que es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Se incorporan algunos principios jurídicos aplicables en la materia, que constituyen la base sobre la cual se asienta la noción dogmática y que son los siguientes: La libertad de las partes para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público. La fuerza obligatoria mediante la cual el contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o en los supuestos que, sobre adecuación del contrato, están previstos por la ley (12).

Esta explicación permite sacar algunas conclusiones.

En primer lugar, el contrato es un acuerdo que requiere el consentimiento libre de las partes que lo integran (conf., art. 957 CCyC.) (13). El consentimiento, entonces, es el primer lado del triángulo que describimos un poco más atrás. Para muchos autores, el consentimiento es el elemento más importante del contrato (14).

Para nosotros, la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, y la obligatoriedad del contrato son categorías equivalentes que confluyen para concretar la verdadera finalidad del contrato: traficar riqueza en el mercado mediante el intercambio de bienes y servicios, y -sobre todo- con la menor intervención oficial posible. Esos tres elementos, recíprocamente subordinados, integran otro concepto importante: la seguridad jurídica, que no es otra cosa que aseguramiento del tráfico de la riqueza.

En segundo término, el Código se encarga de prescribir la libertad de contratación que, como ya dijimos, es núcleo central de la regla 'pacta sunt servanda'. (conf., art. 958) (15). La doctrina define a esta 'libertad' como la facultad que tienen todas las personas de disponer los contenidos del negocio jurídico que van a celebrar. También incluye la libertad de no contratar o la de no contratar con determinado sujeto.

En definitiva, el art. 958 CCyC contempla los dos aspectos de la libertad más destacados por la doctrina. Primero, se refiere a la libertad de contratar (16) que, naturalmente, incluye la de no hacerlo o de hacerlo con un sujeto determinado y no con otro. Segundo, la norma contiene la noción de libertad contractual (17) que implica la facultad de negociar libremente los contenidos del acuerdo jurídico.

El art. 958 es clave dentro de la teoría tradicional porque garantiza que las partes, libremente y sin intervención del Estado, puedan establecer los contenidos contractuales obligatorios. Este texto legal, según nuestra visión, permite que la parte dominante imponga las condiciones del negocio y disimule esa coacción con la apariencia de una libertad que, en los hechos, es quimérica.

Finalmente, el art. 959 CCyC le asigna, como no podía ser de otra manera, obligatoriedad a los acuerdos celebrados entre los contratantes (18).

Por su parte, el artículo 960 CCyC (19) actúa como cierre de toda la teoría contractual. Este texto legal prescribe que la contratación privada está exenta de la intervención de los magistrados quienes, salvo casos extraordinarios, no podrán modificar los acuerdos celebrados libremente por las partes.

En resumidas cuentas, el contrato paritario previsto en el Código Civil y Comercial, igual que el que fuera creado por Vélez Sarsfield hace casi ciento cincuenta años, gira en torno a las mismas reglas: (a) la libertad de contratación (autonomía de la voluntad); (b) la obligatoriedad del contrato (pacta sunt servanda); y (c) la no intervención de la contratación entre privados.

El Código actual, por más que sea presentado por sus autores como una criatura de providencial progresismo, mantiene la estructura triangular clásica. Se apoya en la existencia de una voluntad autónoma que permite la formación de un contrato libre y obligatorio cuyas consecuencias serán asumidas por un sujeto responsable.

Sin embargo, no está de más recordar que esta estructura solo resulta aplicable a los contratos paritarios, pero no a los contratos de consumo ni tampoco a los acuerdos predispuestos (contratos de adhesión). Naturalmente, esto no quiere decir que los contratos protegidos por leyes especiales o normas imperativas no sean obligatorios. Pero sí implica que a esos contratos no les serán aplicables las mismas reglas de la contratación paritaria.

Hace más de veinte años el Profesor Atilio Alterini nos advertía que las nuevas formas de contratación impusieron una 'modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones' (20). Se provoca, entonces, una divisoria entre los contratos celebrados entre partes con similar poderío negocial y aquellos concretados entre partes con profundas e irreconciliables desigualdades en su capacidad negociadora.

Estas nuevas fórmulas contractuales han empujado la creación de un Derecho más preventivo, más intervenido por el Estado y más atento a restaurar la libertad perdida del contratante débil que a fortalecer, aún más, la del contratante fuerte.

Al amparo de estas consignas, relativamente novedosas para nosotros, va tomando forma un derecho privado menos privado y más intervenido por la administración. Como dice Lorenzetti, el orden público avanza sobre numerosas situaciones que hace poco tiempo permanecían lejos de cualquier injerencia pública (21). En sentido similar, De Lorenzo nos habla de un Derecho que actúa corrigiendo desigualdades, y buscando un 'nuevo humanismo de los negocios' jurídicos de contenido patrimonial (22).

Ello determina que, quizás por primera vez en la historia de nuestro ordenamiento jurídico, la aguja de balanza se comienza a inclinar lentamente en favor de la equidad en la vieja disputa dialéctica que esa regla mantiene con la seguridad jurídica. Es que, en definitiva, las relaciones jurídicas más protegidas determinan que el derecho privado sea menos seguro para el negociante fuerte pero más equitativo para el contratante débil. Esta protección equitativa del más débil se logra mediante una intervención estatal virtuosa que no procura oprimir a un sujeto sino equilibrar asimetrías (23).

A eso se resume la vieja lucha entre los partidarios de defender a ultranza la seguridad jurídica y quienes entendemos que esa regla debe estar siempre subordinada a la equidad en los tratos. Es una fuertísima puja de intereses económicos en la que únicamente se discute la distribución de riqueza entre los distintos sectores de la sociedad de consumo.

La libertad contractual reconcentrada sólo asegura el sometimiento de la parte débil a las condiciones económicas ventajosas que impone la parte fuerte; la equidad busca, como decía Alterini, restaurar esa libertad atenuando la concentración de libertad una sola de las partes. En todo caso, habrá que empezar a ver a la equidad como una regla restauradora de la

libertad antes que un obstáculo a la seguridad jurídica. Seguramente a eso se refiere Federico De Lorenzo cuando habla del actual predominio, en materia de contratos, del trato equivalente y equitativo sobre la libertad contractual (24).

El problema que todavía no terminan de asumir algunos doctrinarios es que las formas contractuales 'no paritarias' son abrumadoramente mayoritarias. Es muy probable que la generalidad de las personas pase la vida entera sin firmar un solo contrato paritario y firmando todos los días innumerables contratos predispuestos.

Nuestro entrañable amigo Waldo Sobrino no elude esta cuestión y critica sin atenuantes que el Código vigente comience el tratamiento de los contratos a partir del tipo paritario cuando, para ser sinceros, su injerencia es casi nula en el actual tráfico de bienes y servicios (25).

Notas al pie:

1) Esta disposición del Código derogado y su sucedáneo art. 959, 1º parte, del CCCN se relacionan con el denominado principio consensualista, el 'solus consensus obligat', que constituyó el último estadio de la evolución de la concepción del contrato moderno desarrollado durante siglos, desde por lo menos el derecho romano hasta el siglo XIX, cuando se consagró definitivamente la regla consensualista, es decir, el principio de que todo acuerdo válidamente celebrado obliga por sí mismo. En otros términos, el sólo consenso obliga, la palabra empeñada genera efectos jurídicos obligatorios y ello configura la base del sistema contractual. (Esper, Mariano en, Bueres (Dir.), Código ... Tº 3 C, p. 53-54).

2) En este tiempo mi opinión, consecuentemente con lo que había escrito con anterioridad fue la siguiente: el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el Derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19, CN), como la de configurar el contenido del contrato, que un supuesto de derecho a ejercer una industria lícita (art. 14, CN) y la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43, CN). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato constituye una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos de Derecho Privado, Buenos Aires, La Ley, 2016, p.240).

3) Como consecuencia de lo expuesto, al determinar la psicología y la economía que el consentimiento no es lógico ni racional, entonces desde la ciencia del derecho debemos reconocer que no existe el consentimiento con las características legales de un acto analizado, pensado y meditado. (Sobrino, Waldo, (Existe el Contrato de consumo?, Buenos Aires, Diario La Ley, 6 de marzo de 2019).

4) Las investigaciones de los dos autores citados demuestran que las personas toman decisiones a través de dos sistemas. El primero es veloz, intuitivo y emocional, mientras que el segundo es lento, reflexivo y lógico. Explican que la mayoría de las decisiones diarias de las personas se toman en base al primer sistema, que funciona sobre la base de "atajos heurísticos" o procesos mentales de carácter intuitivo que llevan, con frecuencia, a cometer errores sistemáticos que se apartan de lo que se suele identificar como "racionalidad".

(Chamatropulos, Demetrio Alejandro, (Qué hacer ante las decisiones "no racionales" de los consumidores?, La Ley 19/10/2017, 19/10/2017, 3, Cita Online: AR/DOC/2783/2017).

5) Durante décadas los psicólogos han mostrado gran interés por dos modos de pensamiento... El sistema 1 opera de manera rápida automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario. El sistema 2 centra la atención en las actividades mentales esforzadas que lo demandan, incluidos los cálculos complejos. Las operaciones del sistema 2 están a menudo asociadas a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 35).

6) El deber de información, tal como se encuentra regulado actualmente, apunta entonces a lograr una especie de "consentimiento informado", otorgado por un sujeto que "se supone" que toma decisiones de manera racional (homo economicus). Es decir, las normas parten del supuesto de que el deber de

información (correctamente cumplido por los proveedores) garantiza, en cierta manera, "decisiones acertadas" de los consumidores. No obstante, la realidad cotidiana muestra lo contrario, pues, aun cuando se encuentren debidamente informadas, las personas toman a diario numerosas decisiones de consumo "incorrectas", apartándose, por lo tanto, de lo que se conoce como "racionalidad". Este fenómeno comenzó a ser advertido en las décadas de los 60 y los 70 del siglo pasado. En aquel momento, autores provenientes de la psicología cognitiva como Daniel Kahneman y Amos Tversky comenzaron a influir en la economía a través de la producción de evidencia científica (mediante distintos estudios de campo y trabajos sobre encuestas) que apuntaba directamente a cuestionar esa "racionalidad" en la toma de decisiones de los consumidores. Las investigaciones de los dos autores citados demuestran que las personas toman decisiones a través de dos sistemas. El primero es veloz, intuitivo y emocional, mientras que el segundo es lento, reflexivo y lógico. Explican que la mayoría de las decisiones diarias de las personas se toman en base al primer sistema, que funciona sobre la base de "atajos heurísticos" o procesos mentales de carácter intuitivo que llevan, con frecuencia, a cometer errores sistemáticos que se apartan de lo que se suele identificar como "racionalidad".

(Chamatropulos, Demetrio Alejandro (Qué hacer ante las decisiones "no racionales" de los consumidores?, Buenos Aires, La Ley 19/10/2017, Cita Online: AR/DOC/2783/2017).

7) Kahneman, Daniel, Pensar rápido, pensar despacio, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Debate, 2018, p. 35.

8) La pregunta que más a menudo se hace sobre las ilusiones cognitivas es la de si pueden ser vencidas. El mensaje no es alentador. Como el Sistema 1 opera automáticamente, y no puede ser desconectado a voluntad, los errores del pensamiento intuitivo son muchas veces difíciles de prevenir. Los sesgos no siempre pueden evitarse porque el Sistema 2 puede no tener un indicio del error. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 44-45).

9) Mi siguiente observación es la de que no sólo somos irracionales, sino previsiblemente irracionales; es decir, que nuestra irracionalidad se produce siempre del mismo modo una y otra vez. Ya actuemos como consumidores, como empresarios o como responsables de decisiones políticas, comprender el modo en que somos previsiblemente irracionales proporciona un punto de partida para mejorar nuestra capacidad de decisión, cambiando para mejor nuestra forma de vida. (Ariely, Dan, Las trampas del deseo, Francisco J. Ramos (trad.), Barcelona, 2009, p.9

10) Ariely, Dan, Las trampas del deseo, Francisco J. Ramos (trad.), Barcelona, 2009, p.9.

11) Significa que lo pactado en los contratos tiene para las partes una fuerza obligatoria equivalente a la de la ley general. En esa obligatoriedad -dicen Alterini, Ameal y López Cabana - hay un profundo contenido ético: se debe hacer honor a la palabra empeñada y evitar mediante 'el cumplimiento exacto de la obligación asumida que se dañe a otro mediante el incumplimiento'. Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil..., T 1, p.28.

12) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p 285.

13) Art.957 CCyC Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

14) Consentimiento. Es el elemento esencial por antonomasia del contrato y se lo puede describir, muy rudimentariamente, como la fusión de dos manifestaciones de voluntad, la oferta y la aceptación que son diversas y contrapuestas, pero que refieren a un contenido similar. (Esper, Mariano en, Bueres (Dir.), Código ... T° 3 C, p. 34).

15) Art. 958 CCyC 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.

16) Consiste en la posibilidad que cualquier persona humana o jurídica posee de celebrar un contrato o de no celebrarlo, como también de escoger con quién hacerlo. (Esper, Mariano en, Bueres (Dir.), Código ... T° 3 C, p. 45).

17) Consiste en amparar la posibilidad de determinar el contenido negocial de un acuerdo contractual una vez que el interesado decidió libremente celebrar un contrato y con quien se vincularía jurídica o negocialmente. (Esper, Mariano en, Bueres (Dir.), Código ... T° 3 C, p. 47-48).

18) Art. 959 CCyC. Efecto vinculante. 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.

19) Art. 960 CCyC. Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

20) Pienso que, si bien el Derecho nuevo asume "la modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones" sobre la que alertó Baudoin, debe atender como corresponde a los distinguos entre los megacontratos, los negocios entre quienes se hallan en situación de igualdad jurídica, y los contratos entre quienes son desiguales. En esta última categoría corresponde un régimen coherente de normas imperativas, por medio de "precauciones legislativas" tendientes a "la restauración de la libertad contractual del lado donde era amenazada", según expresión de Remy. Pero, entre iguales, lo convenido debe ser obligatorio en la medida en que resulte de un contrato discrecional, de gré à gré, como lo designa el art. 1379 del Cód. Civil quebequés de 1991. El único límite está dado por la concertación sobre objetos prohibidos o inidóneos, con finalidad ilícita o inmoral, en suma, la que transgrede normas de orden público, y acaso normas solamente imperativas como las que conciernen al vicio de lesión. (Alterini, Atilio, Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno, Buenos Aires, La Ley, 1-01-2009, Citar online: AR/DOC/11425/2001).

21) El ámbito público se ha contractualizado, ya que se han impuesto los análisis de Rawls en el derecho político y la base contractualista en las decisiones colectivas. Como ya lo hemos señalado, el origen de la ley es similar al de un contrato, porque requiere del consentimiento y del acuerdo. En el orden privado, inversamente, avanza el orden público en numerosas situaciones. Asistimos incluso a una diferenciación del orden público en distintos niveles: orden público de dirección, orden público de protección, orden público de coordinación. (Lorenzetti, Ricardo Luis, La influencia del derecho constitucional en el derecho privado, Buenos Aires, La Ley, Citar online: 0021/000093).

22) El derecho privado vive tiempos de materialización, de corrección de las desigualdades a través de la construcción de las diferenciaciones. Mientras tanto, el contrato, de su lado, busca su nueva identidad entre los nuevos principios que lo orientan y la influyente penetración de los valores constitucionales, y particularmente del principio pro homine. Un proyecto de Código Latinoamericano de los Contratos puede constituir, sin lugar a dudas, una oportunidad para ir, más allá de un mercado común, hacia un nuevo humanismo de los negocios a través de una (re)personalización del derecho patrimonial. (De Lorenzo, Miguel Federico, Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, Buenos Aires, La Ley, 2011-E, 1258).

23) Roberto Saba, siguiendo a Nino, denomina a esta forma de injerencia estatal como paternalista y la diferencia de la intervención perfeccionista que describe a un Estado totalitario que establece un plan de vida (perfecto) y que trata de imponerlo sobre otro que considera peor. Dicho de otro modo: se hace un distingo entre las intervenciones estatales virtuosas y equilibrantes (paternalistas) y las injerencias viciosas o totalitarias (perfeccionistas).

Este autor señala: Las regulaciones o interferencias permitidas más allá de las que tienden a evitar daños a la autonomía de terceros, son aquellas que buscan preservar la autonomía de la persona frente a las amenazas que podrían provenir del propio individuo por decisiones que este tomara o pudiese tomar sin contar con la debida y necesaria información ... o que tomara en situaciones de debilidad de voluntad... Estas injerencias se denominan 'paternalistas'. (Saba, Roberto, Más allá de la igualdad formal ante la ley, Buenos Aires, Sigo Veintiuno, 2018, p. 156).

24) De este modo, mientras que en las relaciones contractuales paritarias es preeminente la garantía constitucional de la libertad contractual e, in primis, de no contratar o de hacerlo seleccionando al cocontratante según sus propias preferencias, en las relaciones de trabajo (arts. 17 y 17 bis LCT), de consumo, o de servicio público (art. 7, ley 24.240, art. 42 CN), en cambio -en las cuales se comienza a delinear un derecho contractual antidiscriminatorio- la preponderancia de los principios se invierte y tiende a prevalecer -aun con diferentes matices e intensidad- el deber a un trato equivalente, paritario y equitativo sobre la libertad contractual. El ejemplo sirve para poner de

manifiesto que la (compleja) relación entre libertad contractual, igualdad y no discriminación no puede resolverse, sino a través de soluciones diferenciadas que se articulan según las características de la relación. (De Lorenzo, Miguel Federico, *Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana*, Buenos Aires, La Ley, 2011-E, 1258).

25) Sin perjuicio de ello, no es menor el yerro metodológico de establecer las Disposiciones generales y principios de los contratos partiendo del casi inexistente contrato paritario, haciéndonos retroceder a 1871, con el Código de Vélez Sarsfield, y hasta -incluso- con el Código de Napoleón. (Sobrino, Waldo, *(Existe el Contrato de consumo?)*, Buenos Aires, Diario La Ley, 6 de marzo de 2019.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 5 DE ABRIL DE 2019

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.260, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.957, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.958, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.959, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.960, Ley 340 Art.897*

Nuevas tendencias en materia de contratos. Hacia un contrato menos libre, pero más justo.

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 9 DE MAYO DE 2019

TEMA

CONTRATOS-LIBERTAD DE CONTRATAR-EFECTOS DEL CONTRATO-CONTRATOS REALES-CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PACTA SUNT SERVANDA-AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

TEXTO

a) Contratos menos libres, pero más justos.

En línea con lo señalado en anteriores trabajos, podemos afirmar que la mayoría de los contratos que se celebran en la actualidad son contratos de consumo. Estos tipos contractuales están protegidos por una ley especial (Ley n° 24.240) y no están regulados por las reglas del contrato paritario (1).

Asimismo, el Código Civil y Comercial (arts. 1092 a 1122) regula los contratos de consumo con las mismas protecciones que la ley 24.240. Este predominio tan marcado de las relaciones de consumo determina, como efecto inmediato, un marcado retroceso de la regla pacta sunt servanda y de la regla de libertad contractual que ya no tienen la gravitación que tuvieron hasta la segunda mitad del siglo XX. Ello así, porque estos contratos protegidos únicamente serán exigibles si sus estipulaciones se ajustan, bajos pena de nulidad, a las prescripciones legales.

Lorenzetti sostiene, acertadamente esta vez, que la regla de la autonomía de la voluntad, tan relevante en la teoría clásica, ha quedado limitada al sector de los contratos paritarios (2). Es decir, agregamos nosotros, la autonomía de la voluntad ocupa en nuestro actual ordenamiento jurídico un lugar residual y hasta casi inexistente.

Para Eduardo Zannoni: A pesar de su tremendo peso, el idilio racional con la libertad, así entendida, tuvo filosóficamente vida efímera, salvo como infraestructura ideológica. Porque bien pronto, como lo recuerdo Del Vecchio, en el campo especulativo se produjo la floración de escritos enderezados también a exaltar la autoridad de los poderes establecidos y consagrados secularmente, contra las pretensiones innovadoras de la razón individual (3).

Compartimos la idea Zannoni: la relación entre la libertad contractual y el contrato real es idílicamente presentada en la actual legislación. Lorenzetti, profundizando ese idilio, nos habla de un 'orden público contractual' que viene a realzar principios generales que probablemente no serán aplicados nunca (4). Por su parte, Lidia Garrido remarca una distinción importante en materia de contratos. Así, sostiene que mientras en los contratos paritarios predomina la libertad contractual sin intervenciones oficiales, en los contratos tutelados (v.gr., contratos de consumo, contratos laborales) predomina la intervención legal protectoria que hace retroceder la regla de la libertad contractual (5).

Estos planteos, ciertamente, no son originales, pero sí son muy relevantes cuando se llega a comprender que la mayoría de los contratos establecen relaciones jurídicas protegidas en las que la libre disposición e incluso la renuncia de derechos que las partes de esos acuerdos pueden efectuar se encuentra severamente limitada o, directamente, prohibida. La principal consecuencia de este alto grado de proteccionismo es que la libertad contractual, tal como hasta conocimos, se ha convertido en un principio residual y acotado a los pocos contratos paritarios que se concretan en nuestros días.

El e-commerce, fenómeno en permanente crecimiento, debe ser considerado como el punto de inflexión para que dentro de muy poco tiempo el contrato paritario

desaparezca (6). De hecho, eso mismo es lo que viene sucediendo desde hace años a pesar de que nuestra doctrina no quiera asumirlo.

En los últimos 5 años el comercio electrónico en Argentina ha crecido aproximadamente un 300% (7). Debe señalarse que este fenómeno se repite en toda Latinoamérica. Ningún otro segmento de la economía tuvo o puede imaginarse que tenga, durante casi una década, un crecimiento sostenido del 50% anual. Es que, aún en épocas de profunda recesión y de crisis económica, el e-commerce continúa creciendo por encima de los obstáculos inflacionarios que destacan, vergonzosamente, y desde hace décadas en esta Argentina tan empobrecida (8).

Es por eso que no terminamos de entender los motivos por los cuales el Código Civil y Comercial comienza el tratamiento de los contratos a partir del contrato paritario. Es que, vale la pena recordar que ya en el año 2015 (entrada en vigencia del CCyC) todos los informes estadísticos daban cuenta que la contratación paritaria era irrelevante en términos cuantitativos (9).

Sin embargo, autores de la talla de Lorenzetti insisten en explicarnos que El Título II regula los contratos..., dando primacía a la libertad, respetando la autonomía privada, ayudándola mediante el derecho supletorio y recortándola a través del orden público imperativo... En materia de cláusulas, el Título II, en resguardo de la libertad y la autonomía protege lo pactado por las partes... (10).

Desconocemos porque el autor no explica claramente que la aludida autonomía de la voluntad se aplica a menos del 10% de los negocios jurídicos que se concretan.

Hasta que nuestra doctrina no madure académicamente y comience a reconocer que la autonomía de la voluntad, como principio organizador del acto jurídico, está definitivamente superado no vamos comprender cómo se celebran los contratos. Si no empezamos a estudiar más al sujeto, dejando atrás los anacronismos, difícilmente lleguemos a entender cómo se forma lo que el art. 260 del CCyC describe como el discernimiento, la intención y la libertad.

Cada vez hay más evidencias científicas que señalan que somos mucho más irracionales de lo que imaginó el legislador. Nuestro sistema racional es más imperfecto de lo que estamos dispuestos a reconocer; la mayor parte de las decisiones cotidianas que tomamos son elaboraciones con muy baja incidencia racional y, por el contrario, netamente influidas por componentes intuitivos o emocionales. Esto quiere decir que la mayoría de nuestras acciones voluntarias no están impulsadas en forma directa por el discernimiento, la intencionalidad y, mucho menos, la libertad.

En capítulo aparte vamos desarrollar estas cuestiones y prometemos meternos de lleno, en la medida de nuestras posibilidades, en las llamadas neurociencias jurídicas. Empero, de momento, no podemos omitir la cita Dan Ariely (Profesor de Psicología en MIT) quien tan claramente nos recuerda las deliciosas imperfecciones de quienes somos humanos, demasiado humanos (11).

Ahora bien, el problema radica en examinar cómo se adapta ese sujeto real, mayormente irracional, con el otro sujeto ideal y absolutamente racional que describe el art. 260 del CCyC. (Es posible que esa norma esté hablando sujetos que no existen? En uno de sus mejores artículos, Sobrino se pregunta si, (Existe el contrato de consumo? (12). Nosotros, siguiendo la misma línea retórica, nos animamos a preguntar si acaso existe, fuera de la imaginación legislativa, el acto jurídico integrado por el discernimiento, la intención y la libertad aludidos en el art. 260 del CCyC. Quizás no sea apropiado afirmar su inexistencia, pero sí es conveniente examinar su verdadera intensidad porque ya sabemos que nuestro discernimiento, nuestra intención y, nuestra libertad tal vez sean las situaciones más fáciles de manipular (13).

Cualquiera puede hacerlo. De hecho, es lo que todo el tiempo hacen los políticos, los economistas, los proveedores, las publicidades. Algo de eso nos intenta explicar John Bargh, profesor de psicología en Yale University, cuando nos habla del inconsciente y de su trascendencia a la hora de tomar decisiones que parecen conscientes (14).

Es, sin dudas, tiempo de repensar las estructuras sobre las que se organizó nuestro sistema jurídico. Los nuevos conocimientos desafían las bases de la teoría general del acto jurídico, del contrato y, desde luego, de la responsabilidad. Esos tres ejes giran en torno a un acto voluntario sin el cual sus cimientos crujen. Pues bien, la hipótesis principal de nuestros últimos trabajos doctrinarios consiste, precisamente, en cuestionar la verdadera voluntariedad de lo que hace más de un siglo llamamos acto voluntario. Es necesario pensar un derecho basado en actos cuasi voluntarios, en los cuales el discernimiento, la intención y la libertad tienen una intensidad menor de la que hasta ahora se pensó o se nos quiso hacer pensar.

Seguramente en próximas presentaciones volvemos a examinar estos temas con mayor detenimiento. Por el momento, es preciso continuar con este desarrollo más acotado.

b) Las paradojas de la regla pacta sunt servanda.

Una paradoja describe la existencia de reflexiones que contienen aparentes contradicciones. Se trata de afirmaciones que individualmente son aceptables pero que al ser confrontadas parecen negarse recíprocamente. La mayoría de los grandes temas filosóficos contienen formulaciones paradójicas más o menos insolubles. La libertad es uno de esos conceptos que suscita interminables contradicciones.

Cuando nos enfrentamos a un concepto paradójico, pocas veces, si es que alguna, asumimos una posición neutral. Por el contrario, lo más usual que es que al principio, y sin pensarlo demasiado, tomemos partido por uno u otro de los extremos propuestos y desechemos al otro. Recién cuando esa militancia espontánea pero impulsiva se calma podemos pensar fórmulas que superen la contradicción aparente. Eso se llama buscar esquemas compatibles que permitan destrabar incongruencias solo aparentes y parciales. Empero, para ser sinceros, esa búsqueda, que requiere tanta paciencia como tolerancia, es una de las cosas que más nos cuesta hacer en la mayoría de nuestras actividades cotidianas.

Para determinar correctamente si la contradicción es aparente o real (esta última no puede superarse) hay una fórmula que si bien es casera puede ser útil. Ella consiste en pensar si las nociones que chocan pueden subsistir simultáneamente o si la sola existencia de una anula a la otra.

A modo de ejemplo, tomemos el caso de la gratuidad y la carestía de un producto. Estos conceptos forman términos contradictorios porque es obvio que una cosa gratuita no puede ser ni cara ni barata porque cualquier precio que se le incluya al producto gratuito anula su gratuidad. Entonces, los términos gratuidad y carestía son absolutamente incompatibles y no pueden subsistir simultáneamente. En cambio, si analizamos el par conceptual integrado por las nociones de pobreza y carestía veremos que ellos son términos de relativa incompatibilidad o de aparente contradicción. Si bien es cierto que generalmente las personas de escasos ingresos no pueden comprar productos costosos es posible, sin embargo, que un individuo con poca plata adquiera un producto caro y continúe siendo pobre. (Puede, por ejemplo, conseguir un crédito bancario, o un préstamo familiar, o una promoción especial, o una recompensa en su trabajo, etc.). La pobreza y la carestía son, entonces, nociones parcialmente incompatibles porque ambas puedan convivir simultáneamente sin anularse entre sí.

La paradoja que vamos a intentar resolver en los próximos párrafos tiene que ver con los posibles enfrentamientos entre la exigibilidad de los contratos y la equidad en las relaciones jurídicas. Como puede advertirse, ambos conceptos categorías conceptuales imprescindibles para el funcionamiento del sistema legal.

Veamos un poco esta cuestión cuya formulación en crudo queda formulada así:. Si todos los contratos válidamente celebrados (art. 959, CCyC) son obligatorios, la exigibilidad también alcanza a los acuerdos injustos que han sido libremente celebrados (art. 958, CCyC).

Frente a esta formulación, lo primero que debemos afirmar es que la contradicción que sugiere no es absoluta porque pueden existir contratos que siendo obligatorios también sean justos. Esto significa que nos encontramos frente a una paradoja aparente y relativa porque, de hecho, la mayoría de los acuerdos son obligatorios y justos. Ergo: la obligatoriedad y la equidad no son términos antitéticos.

El Derecho debe buscar combinaciones que hagan compatible estos dos principios porque el sistema normativo necesita de ambos para subsistir. No se puede concebir un Derecho sin contratos obligatorios y tampoco uno que tolere la ejecución de acuerdos injustos.

Este planteo no es original. Sin embargo, debe señalarse una vez más que en la actualidad prevalece la contratación protegida sobre la paritaria y que ese predominio determina que la equidad ocupe un lugar más importante que la seguridad jurídica en la nueva organización del Derecho privado. Dicho en otras palabras: hoy se intervienen acuerdos privados que antes estaban liberados a la autonomía de la voluntad de los contratantes (15).

Esa intervención oficial tiene por finalidad equilibrar las asimetrías de origen entre las partes y, de esta forma, fortalecer la equidad en las relaciones jurídicas. Por añadidura, cada intervención en los contratos privados implica un retroceso de la autonomía de la voluntad y de la consecuente regla *pacta sunt servanda*.

La tensión entre la obligatoriedad de los contratos y la equidad en los contenidos contractuales necesita ser armonizada para alcanzar acuerdos que sin perder exigibilidad sean justos.

Federico De Lorenzo, también analiza las aparentes dicotomías entre la autonomía de la voluntad y los derechos fundamentales postulando que la libertad contractual no es una regla absoluta, sino que compete en igualdad de condiciones con los otros principios del derecho. Es decir, en algunos casos prevalecerá el derecho a contratar libremente y en otros, esa libertad deberá retroceder en aras de acuerdos más equitativos y equilibrados (16). Es que, como bien señalan Pizarro y Vallespinos, todos los derechos, incluso el de contratar libremente, son relativos y deben armonizarse dentro del sistema para evitar que sus excesos provoquen distorsiones que afecten al propio sistema legal. Ese mismo criterio de relatividad de los derechos subjetivos es el que mantiene desde hace décadas nuestra Corte Suprema (17).

En nuestros días y particularmente a partir de la entrada en vigencia del código Civil y Comercial, hasta la escuela nacional más conservadora acepta las limitaciones que pesan sobre la libertad contractual y la consiguiente obligatoriedad contractual (18).

c) El cumplimiento de los contratos dañosos: *Pacta sunt servanda* v. *Alterum non ladere*.

En este tópico vamos a examinar el posible conflicto entre dos principios rectores del Derecho: la obligatoriedad del contrato y prohibición de dañar injustamente a otros. Estos términos, como vimos más arriba, son parcialmente incompatibles porque si bien pueden colisionar no se excluyen recíprocamente. Sin embargo, es posible que, en algunos supuestos, el cumplimiento obligatorio de los contratos entre en conflicto con la regla que prohíbe dañar injustamente a otro. En esos casos, habrá que ver las herramientas jurídicas disponibles para superar la incompatibilidad.

Dicho de otra manera: (qué soluciones jurídicas se aplican cuando el daño injusto se origina en el cumplimiento de un contrato obligatorio, injusto y libremente celebrado. (Acaso la libertad contractual y la obligatoriedad de los contratos puede pasar por alto la regla que establece que no debe dañarse (injustamente) a otro? (Qué debe prevalecer: la obligación de cumplir un contrato o la prohibición de causar daños exigiendo su cumplimiento?)

La autonomía de la voluntad siempre aparece subordinada a la capacidad que tienen los individuos para obligarse, como si la voluntad del sujeto y la obligatoriedad del contrato fueran piezas entrelazadas con tal intensidad que parece imposible separarlas. Es lo que Lorenzetti llama facultad de auto-

obligarse, en donde la libertad de un individuo queda reducida a la facultad que tiene de obligarse o de no hacerlo (19).

Así, la autonomía de la voluntad se transforma en un juego de, al menos, dos opciones: contratar o no contratar. Empero, como se tiene y no se ejerce la libertad para no contratar automáticamente se enciende la obligación de cumplir el contrato. Esta libertad, presentada en términos negativos (no-contratar), sólo sirve para obligar al que celebró el contrato pudiendo no haber contratado, pero de ninguna manera es una libertad plena que asegura la libertad contractual de las dos partes de un acuerdo. Y, para colmo, todo ese esquema de aparente libertad empeora cuando la posibilidad de no contratar está referida a bienes y servicios que, sin ser imprescindibles, son de uso casi obligado en la sociedad moderna.

Nuestra escuela jurídica, sin embargo, siempre tomó partido por una definición negativa de la libertad. Así, el sujeto libre no es el que tiene para sí la facultad de hacer algo, sino la posibilidad de no hacerlo. Esta concepción, llevada a la arena de la clásica teoría general del contrato, da como resultado que todos los contratos son libremente celebrados pues quien prestó su consentimiento podía NO haberlo celebrado. Esta libertad minimalista, por llamarla de una manera, es útil para disfrazar contratos injustos con la ingenua, o cínica, pátina de una libertad negativa (20).

En ese orden de ideas, no resulta fácil determinar si el acto jurídico es obligatorio porque fue dado voluntariamente o si, por el contrario, se lo declaró voluntario (con los mínimos recaudos dispuestos en el art. 260 del CCyC.) para añadirle su obligatoriedad y hacerlo exigible por la fuerza.

Es fácil advertir que ni en la definición de acto voluntario (art. 260 del CCyC) ni en la de obligatoriedad contractual (art. 959 del CCyC) aparece la categoría conceptual de Equidad, como si ella no fuera necesaria para celebrar un contrato exigible. Y, esa omisión nos permite preguntar si, acaso, la seguridad jurídica que surge de la obligatoriedad es más importante que la Equidad.

Como hemos visto antes, es posible la existencia de acuerdos injustos y exigibles legalmente; de hecho, existen numerosos ejemplos. Esa indeseada cercanía entre el contrato obligatorio y el contrato injusto es lo que permite la aparición de una de las principales contradicciones del Derecho y que nosotros denominamos la aporía del injusto obligatorio que así queda formulada:

Si todos los contratos son obligatorios;.

Y algunos contratos son injustos;.

Algunos contratos injustos son obligatorios.

Lamentablemente este silogismo improvisado e imperfecto no es una hipótesis de laboratorio, sino que abundan los contratos que siendo injustos son obligatorios. Par probar este enunciado alcanza con analizar las tasas de interés que las tarjetas de crédito aplican en las operaciones de consumo que cualquiera de nosotros realiza diariamente. Por más que esas tasas puedan ser reajustadas en la instancia judicial, ese contrato contiene condiciones desproporcionadas que son, en principio, obligatorias y que solo dejarán de serlo luego de transitar los avatares y los riesgos propios de la tramitación judicial y del criterio de cada juez. Sin embargo, esa desproporción es tolerada por el sistema legal porque fue aceptada libremente por quien suscribió los términos de un contrato formalmente válido.

Es por ese motivo que no nos cansamos de afirmar que la Autonomía de la Voluntad (AV) es una regla contrafáctica que se formula como un enunciado libertario, pero se articula mediante renunciaciones a derechos. Cada vez que una estipulación es de muy dudosa equidad aparece la autonomía de la voluntad para convalidarla.

La AV fue, desde siempre, la llave maestra para saltar la Equidad y privilegiar la obligatoriedad de los contratos. En la histórica disputa entre la seguridad jurídica y la equidad el sistema legal siempre sometió a la equidad. Y para hacerlo se valió de un aliado indiscutido: la autonomía de la voluntad.

Se repite la polémica entre la seguridad jurídica y la equidad, pero en este caso, como señala lúcidamente Roberto Saba, se cuela una nueva tensión que enfrenta a la libertad (de contratar) y la igualdad (de los contratantes). El autor nos señala que esa libertad no es incompatible con la igualdad.²¹ Esa intención, que compartimos, de conciliar la libertad individual de contratar con la igualdad (asimétrica) de los contratantes, nos obliga a examinar a la autonomía de la voluntad en armonía con el principio constitucional de igualdad previsto en el art. 16 de la CN (22).

La seguridad jurídica y la equidad están vinculadas de tal forma con la libertad y la igualdad que debe asegurarse que los cuatro conceptos convivan armoniosamente, pues la falta de uno de ellos afecta sustancialmente a todo el ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo: deben convivir, sin repudiarse recíprocamente, cuatro nociones estructurales: a) la libertad de los individuos; b) la equidad de las relaciones jurídicas; c) la igualdad; d) la seguridad jurídica sin la cual el sistema económico de intercambio de bienes y servicios se derrumba.

La convivencia indispensable de estas cuatro nociones obliga a que ellas sean consideradas en términos relativos y no absolutos. El predominio muy marcado de una sobre otra amenaza el equilibrio del sistema. En sumario; la armonía del ordenamiento jurídico supone la pérdida de una parte de libertad, la aceptación de una cierta desigualdad, y la tolerancia ante relativa inseguridad jurídica (23).

Hechas estas consideraciones necesarias volvamos a nuestro examen más concreto de la libertad contractual y la equidad de las relaciones jurídicas. Veamos.

Si uno de los contratantes es obligado a contratar o, dicho de otra forma, si no tiene otra chance que no sea la de aceptar las condiciones contractuales que se le imponen para acceder a un servicio de uso masivo (v.gr., un teléfono celular, una conexión a internet, un abono de televisión por cable, etc.) se afecta su libertad porque la exagerada libertad de su par lo somete a una desigualdad lesiva del art. 16 CN. Frente a ese conflicto, el sistema legal (el Estado) debe intervenir para compatibilizar la libertad con la igualdad de los contratantes (24).

Esta idea que propicia los términos de una convivencia posible entre la libertad contractual y la igualdad de los contratantes, conviene aclararlo una vez más, no significa que las partes deban obtener tratos idénticos en cuanto a las prestaciones que cada uno obtiene del negocio concreto, sino que la igualdad se refiere a la autonomía personal que ambos contratantes deben alcanzar para que el contrato pueda ser considerado válido. En resumen, postulamos que el Estado debe intervenir en las relaciones jurídicas privadas restringiendo la libertad de uno de los contratantes para restaurar la igualdad (no identidad) entre ambas partes (25).

Veamos un poco más detalladamente estas cuestiones.

Al referirse a la regla *pacta sunt servanda*, Fernando Ubiría dice: Es un principio del derecho de los contratos. Los contratos nacen para ser cumplidos..., directiva de raíz romana que tiene gran importancia en el terreno de los negocios económicos-jurídicos y que evidencia un fuerte y sano componente moralizador. No obstante, para nuestra disciplina resulta perfectamente comprendida dentro de los anchos márgenes del '*alterum non laedere*' y de la prevención, pues los perjuicios pueden ocasionarse a través de distintas vías, por ejemplo, del incumplimiento de la palabra empeñada (26).

En sentido similar, Matilde Zavala de González también se pronuncia sobre la obligatoriedad del contrato y sobre la antijuridicidad dañosa que produce su incumplimiento (27).

Ubiría también examina la regla *Alterum non laedere* y señala que: Significa no dañar a otro, y ha sido elaborado en el derecho romano por Ulpiano...Es el principio madre, en esta regla o mandato general de conducta (verdadero mandamiento jurídico) se concentra o reduce todo el sistema, y así el filósofo

italiano Norberto Bobbio sentenciaba que, si se concibiera un ordenamiento jurídico reducido a una sola norma particular, sería necesario elevar a norma particular el mandato *minem ladere* (28).

En esa misma dirección Zavala de González sostiene que la regla de no dañar tiene anclaje constitucional en el art. 19 de la CN, además de ser un principio rector del Derecho porque contiene valores esenciales sin los cuales el Derecho como sistema no podría concretarse. La doctrinaria señala, como rasgo distintivo, que la regla que prohíbe dañar es, en principio, indisponible (29).

Pizarro - Vallespinos, ratifican estos criterios y agregan que la regla '*alterum non ladere*' tiene vital importancia tanto en el resarcimiento del daño injusto como en su prevención. Es decir: no dañar, no solo significa reparar el daño causado sino, fundamentalmente, evitarlo (30).

Las reflexiones anotadas hasta ahora nos muestran la existencia de, por lo menos, tres principios esenciales para el Derecho. El primero se refiere a la obligatoriedad de la palabra empeñada en los contratos. El segundo, aún más importante, determina la obligación genérica de no dañar a otros. El tercero, se refiere a la igualdad y determina que el Estado debe intervenir para evitar que la libertad concentrada en unos pocos conspira contra el derecho a la igualdad prescripto en el art. 16 de la CN.

La combinación de estos principios nos permite hacer un enunciado lógico de dos premisas y una conclusión inevitable: (a) El sistema legal prohíbe dañar a los otros (*alterum non ladere*). (b) El sistema legal dispone que los contratos son obligatorios (*pacta sunt servanda*). (c) El incumplimiento de los contratos ocasiona daños que deben ser resarcidos.

Sin embargo, estas proposiciones, sencillas e irrefutables, nos hacen pensar en la posible existencia de una cuarta premisa. Veamos. (Qué ocurre cuando la concreción del daño se origina, aunque parezca paradójico, al cumplirse la palabra empeñada? En efecto, cuando el contrato injusto es obligatorio su cumplimiento es la causa eficiente del daño. Nos encontramos, entonces, frente a una incongruencia sistémica entre la obligatoriedad del contrato y la obligación de no dañar a otro.

El cumplimiento de un contrato injusto es tan dañino para quien lo cumple, como el incumplimiento de uno justo lo es para quien sufre la falta de su contraparte. De esta manera, el contrato injusto inaugura otra paradoja: por un lado, legitima la regla *pacta sunt servanda* (art. 959 CCyC) y, por el otro, viola la regla *alterum non ladere* (art. 1716 CCyC) que prohíbe el daño injusto. Con los contratos en particular y las relaciones jurídicas en general pasa lo mismo que con las leyes y la tolerancia social. Es imposible una convivencia colectiva razonable si se omite cumplir las leyes; empero, como señala Dworkin, el cumplimiento de todas las leyes no asegura ni la justicia de una forma de organización social ni la dicha del individuo (31).

Esta reflexión nos permite concluir el presente tópico señalando que la mayor seguridad jurídica de los contratos no garantiza la equidad de los negocios jurídicos. Casi nunca lo hace.

Notas al pie:.

1) Shina, Fernando, Una nueva teoría general de los contratos. Capítulo Introductorio, SAIJ, www.saij.gob.ar, 5 -04- 2019, Id SAIJ: DACF190067 .

2) Por ejemplo, tradicionalmente se ha criticado la libertad y la autonomía de la voluntad porque hay desigualdades que no contempladas o porque debe respetarse la buena fe. Dentro del sistema del Código ya no puede razonarse de esa manera, porque la autonomía de la voluntad está dentro de un campo específico y pertinente, no extensible a los otros. El Código contempla esta situación dentro de un sistema: a) La libertad y la autonomía son un principio general; b) En los contratos celebrados por adhesión ella está más restringidas; c) En los contratos de consumo aumenta la restricción. Es decir, hay una ponderación legislativa que va desde la plena aplicación (contratos discrecionales) hasta su menor densidad (contratos de consumo) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos de Derecho Privado, Buenos Aires, La

Ley, 2016, p.242.

3) Zannoni, Eduardo, Crisis de la razón jurídica, Buenos Aires, Astrea, 1980, p 125.

4) El Código establece el principio de la libertad en los contratos regulados por el Título II y, por lo tanto, hay que respetar lo decidido, con los límites del orden público. La regla es entonces que las partes de un contrato celebrado discrecionalmente están obligadas a respetarlo y cumplirlo (art. 959). El legislador debe respetarlo porque esos derechos tienen tutela constitucional (art. 965), en tanto que los jueces no pueden modificar esas convenciones, porque tienen por misión asegurar su cumplimiento (art. 960). (Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos ..., p.246).

5) Se señala que lo justo en los contratos entre iguales consistirá en el sometimiento estricto a los términos del pacto; y en los contratos entre desiguales el mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio. En el primero la libertad exige el reconocimiento de la plenitud de efectos para el albedrío; y en el segundo la reafirmación a favor del débil jurídico. En nombre de una igualdad, según Larroumet, desde hace tiempo muchos contratos son sometidos al dirigismo argumentándose que la desigualdad de hecho es óbice de la libertad contractual en la determinación del contenido del contrato; cuando una parte puede abusar, es necesario reglamentar el contrato mediante disposiciones legales imperativas (Garrido Cordobera, Lidia M. R., La perspectiva constitucional de los contratos, LA LEY 27/02/2018, 27/02/2018, 1 - LA LEY2018-A, 1045, Cita Online: AR/DOC/198/2018).

6) Según informes del CACE (Cámara Argentina de Comercio Electrónico), durante el año 2018 la facturación global fue de \$ 229.760 millones (ver www.cace.org.ar. De ese total, según datos que maneja el reconocido consultor Alejandro Prince, \$ 206.000 millones corresponden al segmento B2C. (Ver <https://www.canal-ar.com.ar/27629-El-Comercio-Electronico-en-Argentina-en-2018.html>, Fecha de captura 19-04 de 2019).

Nota del autor: Es decir que en el 2018 se repitió una tendencia que ya está consolidada: aproximadamente el 90% de la contratación online es contratación de consumo, hecha mediante instrumentos de crédito, por contratos de adhesión. El contrato paritario brilla por su ausencia en la liga del e-commerce. Por eso no nos cansamos de afirmar que el contrato paritario, a pesar de que el Código Civil y Comercial lo coloca en la cima de la teoría contractual, es una pieza residual que ha quedado relegada al 10% de los negocios jurídicos que se concretan.

7) De acuerdo con cifras de la CACE, el comercio electrónico es uno de los sectores con mayor desarrollo en nuestro país, y su facturación se incrementó en casi un 300% del año 2014 al 2017, cuando se facturaron más de 150 millones de pesos argentinos. Este crecimiento está respaldado por una satisfacción de compra de un 98% de todos los usuarios, la categoría que se mantiene como favorita de los compradores incluye equipos y accesorios de electrónica, le siguen los electrodomésticos y los artículos para el hogar. Fuente: <https://www.america-retail.com/argentina/argentina-el-comercio-electronico-en-argentina-crecio-en-un-300/>, Fecha de captura: 20-04-2019.

8) El 2018 no ha sido un buen año para la actividad económica en el país. Eso lo sabemos todos. Pero algunos sectores siguen mostrando su vitalidad, de modo consistente con su etapa de difusión y adopción. Uno de ellos es el comercio electrónico en su modalidad a consumidor (business to consumer o b2c, y consumer to consumer c2c) que a pesar de los contratiempos alcanzó a 206 mil millones de pesos en venta. Esa suma (neta de IVA) implica un crecimiento real en pesos frente a las ventas del año anterior (\$ 136 mil millones) del 51,5%. Casi 10 puntos por sobre la estimación más dura de la inflación del 2018. Claro está que si hiciéramos el cálculo en dólares promedio para la diferencia entre ambos años el crecimiento es de un 37,4%, nada mal tampoco. (Prince, Alejandro, <https://www.canal-ar.com.ar/27629-El-Comercio-Electronico-en-Argentina-en-2018.html>, Fecha de captura 19-04 de 2019).

El e-commerce" de la Argentina pareciera inmune a crisis por el alza del dólar o metas incumplidas de la inflación o déficit de la balanza externa u otras variables macroeconómicas. En 2017, de acuerdo a datos de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE), creció en 2017 un 52% en facturación respecto al año anterior, y vendió por 156.300 millones de pesos, equivaliendo al 1,3% del PBI, según calculó esa entidad. Durante el año pasado, se vendieron 96 millones de productos a través de 60 millones de órdenes de compra, un 28% más que en 2016, y a razón de 263.000 productos por día. El ticket promedio de compra fue de 2.600 pesos, con un aumento del 19% respecto

al año anterior, según la 7° edición del estudio anual que hace la CACE, este año junto a la consultora Kantar TNS.

(Fuente: <https://www.iprofesional.com/notas/264583-internet-software-tv-tecnologia-comercio-electronico-ecommerce-novedades-tecnologicas-novedades-tecnologicas-El-comercio-electronico-en-la-Argentina-crecio-52-durante-2017-y-ya-representa-el-13-del-PBI>, Fecha de captura: 20-04-2019).

9) Durante el año 2018 se realizaron operaciones de e-commerce por un total global de \$ 229.760 millones, lo que determina un incremento del 47% interanual. El 80% de las operaciones se realizaron mediante el uso de tarjetas de crédito. (<https://www.cace.org.ar/estadisticas>, fecha de captura: 20-04-2019).

10) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos ..., p.235.

11) Aunque cierto grado de fascinación ante la capacidad de los seres humanos resulta claramente justificable, existe una importante diferencia entre un profundo sentimiento de admiración y el supuesto de que nuestra capacidad de razonamiento es perfecta. De hecho, este libro trata sobre la irracionalidad humana. Creo que la capacidad de reconocer lo que nos separa del ideal constituye una parte importante de la empresa de tratar de conocernos realmente a nosotros mismo, y una parte, además, que promete numerosos beneficios prácticos. Comprender la irracionalidad es importante para nuestras acciones y decisiones cotidianas, y también para entender la forma en que diseñamos nuestro entorno y las opciones que éste nos presenta. (Ariely, Dan, Las trampas del deseo..., p.17).

12) Sobrino, Waldo, (Existe el Contrato de consumo?, Buenos Aires, Diario La Ley, 6 de marzo de 2019).

13) Sin embargo, y como el lector verá en este libro, en realidad somos mucho menos racionales de lo que presupone la teoría económica estándar. Asimismo, esos comportamientos irracionales nuestros ni son aleatorios ni carecen de sentido. Antes bien, resultan ser sistemáticos y, en la medida en que los repetimos una y otra vez, previsibles. (Ariely, Dan, Las trampas del deseo..., p.17).

14) Todos sentimos la experiencia subjetiva de la voluntad, pero esa sensación no es una evidencia válida que demuestre que nos hemos comportado de cierta manera por propia voluntad. A todos se nos puede inducir a realizar movimientos de forma involuntaria... En un día cualquiera, (cuánto de lo que decimos, sentimos y hacemos está bajo nuestro control consciente? Y lo que es más importante, (cuánto de ellos no lo está. Y ya lo más crucial: si comprendiéramos cómo funciona nuestro inconsciente, si supiéramos por qué hacemos lo que hacemos, (podríamos finalmente conocernos de verdad ...? (Podría nuestra información sobre nuestras motivaciones ocultas dar salida a distintas formas de pensar, de sentir y de actuar? (Qué podría significar esto en nuestras vidas? (Bargh, John, (Por qué hacemos lo que hacemos?, Sonia Tapia (Trad.), Barcelona, B, 2018, p. 14).

15) En una sociedad cada vez más permeable a la mercantilización del ser humano, de un uso nihilista de la autonomía de la voluntad a través del contrato, es vital que el ordenamiento predisponga los instrumentos para preservar los derechos fundamentales de las personas. En ese sentido, numerosas normas del Código responden a esta ética del derecho contractual... (Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos ..., p.252).

16) El argumento más serio empleado para resistir una eficacia de los derechos fundamentales en el marco del derecho contractual ha sido que, de aceptarse esa eficacia, el principio de la autonomía privada (y su consecuente, la libertad contractual) sufriría una irremisible degradación. Basta pensar -sostienen- en las consecuencias de una aplicación mecánica del principio de igualdad en el ámbito contractual. Sin embargo, la objeción, en estos términos absolutos, resulta injustificada. En primer término, diría que la afirmación resulta inconsecuente desde la lógica de la teoría jurídica. En efecto, si la autonomía privada es la facultad otorgada a los particulares de crear una regla, *tertium non datur*, o se ubica a esta regla en paridad con la ley formal y en consecuencia queda sometida a los principios constitucionales, o se la emplaza en un grado de dependencia de la norma, en cuyo caso, a simili, y aun con mayor razón, también queda sometida a estos principios. (De Lorenzo, Miguel Federico, Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, Buenos Aires, La Ley, 2011-E, 1258).

17) Todos los derechos subjetivos, incluso los de raigambre constitucional, son relativos... y, por ende, susceptibles de límites y resecciones, sea para coordinar el derecho de uno con el derecho de otros, para que cumplan su

finalidad en orden al bien común, para proteger el orden y la moral públicos, sea para tutelar el orden y la moral públicos, o en razón del poder de policía. (Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil..., T I, p.27).

18) Pese a la existencia de la regla, en casi todos los países del mundo existen limitaciones a este derecho en protección del interés público, v.gr. en materia de servicios públicos, servicio médico, en el caso de contrato de depósito necesario, de seguros obligatorios, de contratos prohibidos. (Leiva Fernández, Luis, en Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T V, p. 43).

Es decir, nos permitimos agregar, que allí donde la autonomía de la voluntad desaparece, la facultad de crear obligaciones tiene severas limitaciones.

19) La libertad significa que ambas partes pueden elegir entre contratar o no hacerlo y, una vez que lo deciden, pueden disponer el contenido de la obligación según sus intereses. Esta decisión de auto-obligarse requiere una declaración de voluntad, y por esa razón también se estudia este tema como 'principio de la autonomía de la voluntad. Las partes declaran su voluntad de auto-obligarse en forma bilateral, porque de lo contrario no estaríamos en el campo de un contrato, sino de la declaración unilateral de la voluntad o de un testamento. Una vez que existe un acuerdo por una manifestación de voluntad bilateral, ésta es obligatoria, ya que, así como hay libertad para obligarse, hay un deber de respetar la palabra empeñada (autorresponsabilidad). (Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos ..., p.244).

20) La norma comprende: a) el derecho a contratar o no hacerlo; b) el derecho a contratar con determinada persona o no hacerlo con determinada persona; c) el derecho a contratar sobre cualquier prestación lícita y moral ... El derecho a contratar o no contratar es la aplicación principal de esta regla del derecho, bien que se encuentra limitado en situaciones ya explicadas ut supra. No obstante, sigue siendo regla ampliamente difundida y aceptada, y debe rescatarse como principio. (Leiva Fernández, Luis, en Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T V, p. 44).

21) La democracia liberal descansa en la convicción de que es valioso que los individuos tomemos decisiones libres sobre aspectos tanto centrales como periféricos de nuestras vidas. Esa libertad se funda en el principio de autonomía personal que establece que las personas son fines en sí mismas y que tiene la capacidad moral de discernir lo que es bueno y malo para ellas de acuerdo con el plan de vida que libremente han escogido para sí. ... Existe un segundo principio central en la democracia liberal: el de igualdad. Si bien algunos sostienen que estos dos principios son contradictorios e irreconciliables, muchos autores han hecho el esfuerzo de demostrar que no es cierto. (Saba, Roberto, Más allá de la igualdad formal ante la ley, Buenos Aires, Sigo Veintiuno, 2018, p. 149).

22) Si damos por sentado que estos últimos tiene razón, posición que refrendo, existen situaciones problemáticas en el marco de posibles conflictos en el ejercicio de los derechos constitucionales que debemos pensar con cuidado si aspiramos a resolverlas de modo que ambos principios sobrevivan al aparente conflicto que existe entre ellos. Me refiero a aquellas situaciones en que el ejercicio de la libertad parece habilitar tratos entre personas que algunos considerarían, al menos intuitivamente, contrarios a la igualdad. Veamos, por ejemplo, los casos de los derechos a contratar y a asociarse libremente (Saba, Roberto, Más allá de la igualdad formal ante la ley..., p. 149).

23) Uno de los pensadores modernos (liberales) que mejor manejan los términos relativos de nociones tan sustantivas fue John Rawls (1921- 2002, Universidad de Princeton y Harvard). Veamos este texto: Sostendré en cambio que las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastantes diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo, las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad... Sin embargo, no hay injusticia en que unos pocos obtengan mayores beneficios, con tal de que con ello se mejore la situación de las personas menos afortunadas

(Rawls, John, Teoría de la Justicia, María Dolores González (Trad.), DF, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, p 27).

24) Como ya sostuve más arriba, la Constitución nacional argentina expresa el compromiso de la comunidad política con los dos principios: el de libertad y

el de igualdad. Esta norma reconoce que todas las personas gozan de una esfera de autonomía protegida de las interferencias estatales, salvo aquellas que tengan por objeto impedir el daño a terceros -que por definición tienen el mismo derecho a disfrutar de esa misma autonomía... (Saba, Roberto, Más allá de la igualdad formal ante la ley..., p. 151).

25) El Estado tiene la facultad de regular los derechos constitucionales de modo que su ejercicio por una persona no conduzca a afectar esos mismos derechos en un tercero, de modo de lograr que todos los individuos puedan ejercer todos los derechos sin que los planes de vida de unos atenten contra los planes de vida de otros utilizándose mutuamente como medios para alcanzar fines en detrimento de la autonomía personas de terceros. (Saba, Roberto, Más allá de la igualdad formal ante la ley..., p. 155).

26) Ubiría, Fernando, Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p 35 -36.

27) El contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes (art. 959), y quien no lo cumple viola el ordenamiento jurídico, que confiere efecto vinculante a la palabra empeñada. La conclusión es extensible a obligaciones asumidas unilateralmente (arts. 1800 y concordantes). (Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código..., p. 389).

28) Ubiría, Fernando, Derecho de daños..., p 30.

29) Hay principios y valores jurídicos esenciales, que surgen de modo coherente de todo el ordenamiento...sobre cuya base se estructura el sistema de responsabilidad civil. Constituyen materia indisponible o bien la disposición se autoriza, pero con sujeción a condiciones rigurosas... En materia de responsabilidad, pueden enunciarse los siguientes: a) El principio básico 'alterum non ladere' (art. 19 Const. Nacional), de por sí idóneo para suministrar protección a todo interés merecedor de tutela y del cual fluyen todos los demás que operan en la responsabilidad por daños... (Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código..., p. 154 - 165).

30) El principio de no dañar a tiene una clara vocación expansiva en el nuevo código. En otro tiempo se circunscribía a reparar el daño; hoy también a prevenirlo. En torno suyo se plasma y construye la reacción del ordenamiento jurídico frente al daño injusto y a la amenaza de daño no justificada. (Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil..., T I, p.22.

31) Ningún gobierno que acostumbre actuar contra lo que dictan sus propias normas...puede ser justo, por más que sus instituciones sean sabias o justas en otros sentidos. Pero el cumplimiento de las normas no es suficiente para garantizar la justicia: cuando las normas son injustas, un cumplimiento absoluto puede llevar a grandes injusticias. Sucede lo opuesto con la concepción concentrada en los derechos. (Dworkin, Ronald, Justicia para erizos, ... p. 29).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 9 DE MAYO DE 2019

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.260, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.958, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.959, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1092 al 1122, **0.CCN C 026994 2014 10 01**, Constitución de la Nación Argentina Art.16, Constitución de la Nación Argentina Art.19, Ley 24.240*

Los primeros diez años de los daños punitivos. Apuntes críticos al anteproyecto de reforma de la ley de defensa del consumidor. No dejemos que sean los últimos

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 2 DE JULIO DE 2019

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-IN DUBIO PRO CONSUMIDOR-DAÑOS PUNITIVOS

TEXTO

a.- Presentación. Este instituto, de tradición sajona, ha sido incluido en nuestro ordenamiento por la ley 26.361 (art. 52 bis LDC) (1). A pesar de haber pasado más de diez años desde su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico (marzo de 2008) la procedencia, la extensión y aun la aplicación de los daños punitivos (DP) sigue siendo un tema sumamente controvertido en la doctrina y vacilante en la jurisprudencia. La polémica se entiende porque la aparición de los DP en nuestro sistema normativo marca otra clara ruptura con las teorías tradicionales.

En ese orden de ideas, no puede soslayarse que la existencia de los daños punitivos en nuestro ordenamiento afecta la teoría general de la reparación. Es que, hace más de un siglo la teoría clásica enseña que reparar es volver las cosas al estado anterior al daño. Para esta concepción, todavía fuertemente enraizada en nuestra escuela, todo premio que supere ese valor, equivalente a reparar el daño sufrido, no es una indemnización, sino un enriquecimiento sin causa en perjuicio del agente dañador.

Ese concepto indemnizatorio, que actualmente se conoce con el giro idiomático de reparación plena (2), es el que, en última instancia, desafían los DP. Los punitivos no se proponen volver las cosas al estado anterior al daño, sino la aplicación de un castigo económico grave al agente dañador (la doctrina prefiere usar la expresión 'pena privada'). Esa punición, que en principio puede ser apreciada como un premio para la víctima es, en realidad, un estímulo negativo para que los proveedores realicen mayores esfuerzos tendientes a que los productos y servicios que ofrecen sean menos riesgosos para las personas que los requieran.

Ahora bien, ese estímulo de base negativa sólo funciona si la punición es tan elevada que para evitarla el agente tenga que realizar fuertes inversiones en materia de seguridad de sus productos y servicios. Por más que los teóricos del derecho nos esforcemos en gastar coloridas ocurrencias, lo cierto es que ningún empresario va a gastar importantes sumas de dinero si no tiene un fuerte incentivo económico para realizar la inversión. Pues bien: la aversión a recibir daños punitivos es, justamente, ese incentivo que pone en marcha la necesidad de invertir.

Matilde Zavala de González explica que los DP tienden a desactivar los llamados daños lucrativos que ocurren cuando el padecimiento de la víctima se convierte en un provecho para el ofensor. Esto significa, ni más ni menos, que el daño (lucrativo) forma parte de la ecuación de rentabilidad de ese negocio espurio.

En ese orden de ideas, es lógico pensar que cuando la indemnización es más barata que optimizar una determinada prestación será más lucrativo pagarla que invertir para evitar los daños. Exactamente esa es la finalidad última de los daños punitivos: destruir las ecuaciones nocivas de costo y beneficio entre el daño ocasionado, los costos indemnizatorios y la rentabilidad de un negocio.

Los DP tienen una estructura formal y lógica siempre subordinada a una estimación de rentas y provechos económicos. Sin embargo, el instituto recibió todo tipo de críticas que se reparten entre ideológicas, injustas, cínicas e ingenuas. Todo a gusto del operador jurídico de turno (3). Empero,

lo real es que en el mundo más desarrollado los DP han sido de gran provecho para el mejoramiento de las relaciones de consumo en sociedades que, dicho sea de paso, son sociedades de consumo.

b.-Evolución de la teoría general de la reparación. La ley 17.711 amplía los rubros indemnizables y el daño moral previsto el art. 1078 CC. Asimismo, incorpora los factores objetivos de atribución (FOA) de responsabilidad que, al menos en forma indirecta, actúan como un estímulo para evitar daños. Como bien dice Gherzi, esa reforma puso al ordenamiento jurídico frente a una nueva realidad que exigía cambios profundos en la teoría general de la responsabilidad, así, lentamente, se fueron abriendo paso los llamados factores objetivos de atribución de responsabilidad (4).

Los factores objetivos de atribución fueron pioneros en lo que ahora se conoce como instrumentos preventivos de los daños. Es bastante obvio razonar que cuando los individuos saben o intuyen que les será más difícil evadir su responsabilidad los factores objetivos actúan como un estímulo para prevenir los daños.

Los FOA, como otras herramientas jurídicas que hacen más difícil evadir los costos indemnizatorios, actúan sobre el pensamiento más racional del sujeto creando una suerte de conciencia o percepción. Normalmente, el individuo, puesto en esa situación, tiende a pensar más o menos así: dado que lo más probable es que resulte ser declarado responsable ante la sola ocurrencia del daño, lo más conveniente, en términos económicos, es que el daño no ocurra. Cuando el no-daño es la única salvaguarda del agente, su actividad tendiente a evitarlos se incrementa y, casi automáticamente, la dañosidad disminuye.

Por más que sus autores se auto postulen, un poco exageradamente a nuestro ver, como progresistas, lo cierto es que el Código Civil y Comercial, más allá de incrementar las herramientas preventivas, continúa la tradición resarcitoria clásica que consiste en la restitución de los valores, materiales y morales, afectados por el evento dañoso. Ello se ve claramente en el art. 1738 CCyC, norma que más allá de incrementar los rubros indemnizables los mantiene subordinados al daño sufrido por la víctima (art. 1740 del CCyC).

Para los sistemas clásicos el daño es el límite de toda indemnización (5).

A nuestro modo de ver, esta idea de reparación integral o plena, postulada en el art. 1740 del CCyC constituye una ficción basada en la idea de volver las cosas a su estado anterior a la ocurrencia del hecho lesivo. Sin embargo, tal retroceso fáctico no solo no es posible, sino que muchas veces da lugar a que las indemnizaciones reparatorias sean insuficientes.

Algunos autores, con los que coincidimos y que inspiraron nuestras posteriores investigaciones, son críticos de esta idea tradicional según la cual la reparación es una recomposición patrimonial del pasado. Matilde Zavala de González explica que esa reparación plena es un ideal que casi nunca se concreta y que en la mayoría de los casos se transforma en un suerte de indemnizaciones mutiladas que fracasan cuando el daño no es patrimonial (6).

Como veremos al abordar el tópico siguiente, la cuestión es aún más criticable porque los principios que rigen a la reparación plena muchas veces están reñidos con la ética. A esa puja con la moral se refiere Zavala de González cuando sugestivamente nos habla de, El negocio de responder (7).

Por su lado, el joven jurista Juan Brusa también explica muy bien qué ocurre cuando pagar indemnizaciones es más económico que invertir en la calidad y seguridad de los productos (8).

c.- La ética de los Daños Punitivos. Si se examina detenidamente la concepción resarcitoria que hemos visto en los párrafos que anteceden, el lector advertirá un hecho de singular importancia. Veamos. El daño y la reparación se articulan como términos equivalentes, puesto que a cada daño le corresponde una indemnización resarcitoria que lo compensa 'plenamente' (Conf., arts. 1738, 1740 y concordantes del CCyC). Esto, finalmente, equivale a sostener que la reparación elimina la noción del daño porque su objetivo último es volver las cosas al estado anterior al hecho lesivo; es decir, al

estado en el que no existía el daño (9).

Esta ficción conceptual determina que el daño reparado sea, en definitiva, un término equivalente al no-daño. Y siguiendo el curso de ese razonamiento, la reparación del daño también elimina la noción de víctima una vez que recibe la indemnización y la de agente dañador una vez que la paga.

Este pensamiento, que es una derivación lógica de la teoría resarcitoria nos mereció, desde siempre, severas críticas éticas (10).

Si el daño ocurrido puede resarcirse por un cálculo aritmético consistente en sumar los rubros indemnizables previstos (daño emergente, lucro cesante, daño moral, daño al proyecto de vida, etc.) es muy posible que el agente dañador, antes de poner un producto en la calle, haga ese mismo cálculo y decida qué daños puede realizar sin afectar la rentabilidad de su negocio o, aún peor, para mejorar su rendimiento. Luego de efectuar esas calculaciones, que además son bastante sencillas de hacer, va a decidir que si el costo de las indemnizaciones no afecta la renta pronosticada es más conveniente pagarla que invertir en la calidad y la seguridad producto. Es hora de que los juristas y las universidades nacionales que los forman entiendan que el daño es, entre otras cosas, un costo empresario desvinculado de toda noción moral (11).

Los daños punitivos actúan en dirección opuesta porque desvinculan el daño material padecido por la víctima de la indemnización resultante para el agente dañador.

Los castigos punitivos superan el valor del daño producido porque su finalidad no sólo es retributiva sino preventiva. Esta insubordinación parcial del daño y la indemnización es un punto de ruptura en la teoría general de la responsabilidad (12).

d) La opinión doctrinaria mayoritaria. La doctrina nacional desde siempre acompañó favorablemente, aunque con algunas reservas atendibles, la aplicación de los DP. Pasemos rápida revista de algunas de esas opiniones.

En primer lugar, nos parece justo ofrecer un homenaje obligado y merecido al Profesor Carlos Ghersi.

Carlos fue, desde siempre, un fervoroso defensor no solamente de los daños punitivos, sino también de la ley 26.361 que tantas buenas novedades trajo a nuestro ordenamiento normativo. Él pensaba, y nosotros coincidimos, que los parámetros más progresistas de esa ley habían sido desvirtuados por el Código Civil y Comercial. Sin mucho esfuerzo, y con grata nostalgia podemos imaginar lo que pensaría Carlos de este penoso anteproyecto que no solamente desvirtúa la impronta de la ley 26.361, sino que intenta derogar sus institutos más relevantes.

Para Ghersi los DP son la mejor herramienta jurídica para estimular las inversiones empresarias indispensables para que los productos y servicios que lanzan al mercado sean mejores en términos de calidad, y más seguros para quienes los usan (13).

Para Pizarro y Vallespinos, La adecuada implementación de un sistema de penas privadas, especialmente en materia de daños causados por productos defectuosos y por servicios defectuosamente prestados, puede constituirse en un instrumento útil para asegurar, en términos equitativos, el adecuado funcionamiento del mercado y la libre competencia (14).

Juan Brusa, ya citado, es un verdadero entusiasta de la figura que examinamos. Este jurista sostiene que los DP son la mejor manera de limitar las ecuaciones perversas de costo beneficio que realizan las empresas y que determinan que es más barato pagar indemnizaciones limitadas antes que mejorar la seguridad de los servicios (15).

Para Waldo Sobrino, los DP son una herramienta fundamental para el desarrollo de las relaciones de consumo y para limitar las conductas antisociales que, en algunos casos, constituyen una política comercial de empresas con pocos escrúpulos (16).

Para Jorge Bru y Gabriel Stiglitz, los DP superan su faz sancionadora y son una herramienta de carácter netamente preventivo (17).

Para María Eugenia DoArchivo, el instituto tiene ponderación positiva en tanto incentiva a los proveedores a tener conductas que no resultan dañosas (18).

Juan Carlos Pandiella, por su parte, resalta el carácter moralizador y ejemplificativo que los DP tienen y de allí concluye sobre la eficacia de su efecto preventivo de conductas empresarias indeseables (19).

Para Schlotthauer y Barocelli, los DP cumplen una finalidad múltiple, en tanto son moralizantes, preventivos, sancionadores y disuasivos (20).

Para Adriano Díaz Cisneros, otro joven jurista apasionado por los DP, ellos cumplen una doble función y explica que esa ambivalencia no implica una incongruencia o un problema de índole constitucional. Así, Cisneros sostiene que los DP actúan tanto como un rubro indemnizatorio, propio del derecho de daños, y como una pena cuya finalidad es preventiva porque impide o disminuye la repetición de daños (21).

Alejandro Chamatropulos, al sostener que en los DP prevalecen los aspectos preventivos sobre los punitivos también parece dar opinión favorable a este instituto al que le asigna una clara finalidad social (22).

Como el lector podrá apreciar, es casi unánime la opinión doctrinaria favorable a la aplicación de los daños punitivos.

La mayoría de la doctrina nacional y extranjera que hemos estudiado entiende que la reparación clásica es, en algunos casos, insuficiente para resarcir en forma integral a las víctimas. Por el contrario, se sostiene que los DP son una herramienta bastante útil en las sociedades capitalistas modernas.

Para terminar, el repaso de autores nacionales, hacemos propio un pensamiento, tan original como cierto, perteneciente a Pizarro y Vallespinos. Estos juristas explican que si el sistema normativo tolera graves inconductas como las que dan lugar a la aplicación de los DP, no solamente se favorece la impunidad de quienes desprecian la legalidad, sino que se perjudica a quienes, por honrar el sistema legal, sacrifican una parte de la rentabilidad de su negocio. Ambos mensajes son repudiables porque postulan una ética invertida que privilegia al transgresor de la ley y deja rezagado a quien la cumple (23).

Por una vez en la Argentina deberíamos esforzarnos por poner al derecho lo que está al revés.

e) La opinión aislada de Sebastián Picasso. Como dijimos al cierre del tópico que antecede: la opinión doctrinaria favorable a la aplicación de los daños punitivos es 'casi' unánime en nuestro país.

Al exponer la valoración positiva que tantos autores tienen con relación a los DP quisimos poner de relieve el notable consenso que este novedoso instituto tiene en nuestra doctrina, tanto entre los juristas más renombrados como entre los más jóvenes que, de a poco, se van abriendo paso en el interminable camino de las ideas.

Sin embargo, esa casi unanimidad de pensamiento nos obliga, y al mismo tiempo nos complace, a examinar la excepción. En esa dirección, resulta un paso obligado en el estudio de los daños punitivos vernáculos analizar la opinión negativa que desde siempre sostuvo Sebastián Picasso.

Su desaprobación, según pudimos interpretar de sus escritos, se basa en sostener -un poco obstinadamente- que los DP no tienen finalidad resarcitoria ni preventiva, sino que lisa y llanamente son un castigo y que, como tal, ellos no deben estar integrados al derecho civil, sino que deben circunscribirse al derecho penal (24).

Vamos a examinar el pensamiento de Picasso sobre los DP para destacar los gruesos errores que contiene.

a) Los daños punitivos son extraños a nuestro sistema normativo y postulan la regla opuesta a la que rige en nuestros derechos de daños: se debe reparar todo el daño causado pero solamente el daño causado (25);

b) Los daños se deben prevenir mediante acciones de tutela inhibitoria y no utilizando penas privadas de alto monto (26);

c) Cuando una conducta es lesiva para la normal convivencia social, debe intervenir el derecho penal y no el derecho privado. El derecho civil, y más precisamente la teoría general de la responsabilidad, tiene una finalidad que se agota en el resarcimiento. La imposición de penas es un objetivo que escapa al derecho privado y es propia del derecho penal(27).

d) La tarea preventiva de daños corresponde al derecho penal, como ya fue señalado, y también al derecho administrativo. El Estado regula la actividad de los proveedores del mercado mediante el poder de policía que le permite clausurar establecimientos, aplicar multas, suspender registros, etc.(28).

e) Los daños punitivos importan un castigo al agente dañador y como tales forman parte del derecho penal y no de derecho privado(29).

f) Nuestra opinión crítica al pensamiento de Picasso.

De todas las objeciones que el pensamiento de Picasso nos merece, y que desde hace años combatimos en diversos trabajos(30), la más grave es que el autor no termina de entender que el Derecho penal y el Derecho del consumidor no solamente protegen a sujetos distintos, sino que se estructuran a partir de principios diferentes y casi siempre antagónicos. Y tampoco entiende que los daños punitivos no tienen más que un contacto imaginario con el derecho penal. Para nosotros, afirmar que los DP son figuras penales y no civiles es una verdadera ocurrencia imposible de verificar en términos teóricos y ajena a la ciencia jurídica.

Las diferencias entre el derecho penal y el derecho del consumidor son irreconciliables y, en ese orden, debe señalarse que el sujeto protegido del derecho penal (el imputado) es el mismo sujeto que el derecho del consumidor presume responsable. El derecho penal protege a ese individuo cubriéndolo de garantías procesales, mientras que el derecho del consumidor lo despoja de todas ellas agravando sus chances de eximirse de responsabilidad. El sistema consumeril determina la responsabilidad de los presuntos infractores mediante factores objetivos de atribución mientras que el sistema penal repudia cualquier imposición objetiva de responsabilidad.

Este antagonismo tiene una explicación que no puede pasarse por alto: para el derecho penal el reo goza de una presunción de inocencia mientras que en el derecho del consumidor el infractor se presume objetivamente responsable y obligado a responder.

Estas diferencias entre uno y otro sistema son tan elementales como insuperables porque los principios centrales que las rigen son opuestos.

Veamos solo algunos de estos antagonismos:

a) en el derecho penal rige, infranqueable, el principio indubio pro reo, mientras que en el derecho del consumidor predomina el indubio pro consumidor (art. 3 LDC y 1094 del CCyC);

b) en el derecho penal se presume la inocencia del imputado y en el derecho del consumidor, casi siempre, se aplica la responsabilidad objetiva que es una especie de presunción adversa al presunto infractor (31). Sin perjuicio de lo dicho, es justo admitir que para nosotros en el único caso en donde será necesario atribuir responsabilidad a través de un factor subjetivo es para la aplicación de daños punitivos. Dicho en otras palabras: pensamos que para obtener una indemnización punitiva la víctima deberá acreditar la existencia de un factor subjetivo de responsabilidad. En este punto nos apartamos, respetuosamente, del pensamiento de Carlos Ghersi para quien los DP siguen la lógica de los factores atributivos objetivos (32);

c) en el derecho penal, el fiscal acusador tiene la carga de aportar pruebas contundentes y certeras que determinen la culpabilidad del imputado, mientras que en el derecho del consumidor se rige el principio de las cargas probatorias dinámicas y el infractor presunto está obligado a presentar las pruebas que, en muchos casos, serán determinantes para corroborar su propia responsabilidad (art. 53 LDC).

Podríamos seguir enunciando reglas particulares y principios generales antagónicos que separan el derecho penal del derecho del consumidor. Nos resulta casi imposible pensar en dos disciplinas que sean más diversas entre sí y nos cuesta imaginar un desacierto mayor que establecer comparaciones o similitudes entre uno y otro sistema normativo.

g) Los Daños Punitivos en el anteproyecto de reforma de ley de defensa del consumidor.

Como dijimos al desarrollar los tópicos anteriores, las reflexiones que Picasso sostiene en torno a los daños punitivos son muy aisladas (solitarias en verdad) en la doctrina nacional. Sin embargo, mal que nos pese, ese apartamiento del criterio mayoritario no fue un obstáculo para que este jurista fuera designado como integrante de la comisión legislativa encargada de reformar, con cambios profundos, a la ley 24.240 (33).

Pensamos, sinceramente y con buenas razones, que para que prevalezca el tratamiento derogatorio de los daños punitivos fue particularmente influyente el pensamiento de Picasso que siempre militó en contra de los daños punitivos.

En este acotado ensayo no vamos a realizar una crítica de todo el anteproyecto, sino que vamos a concentrarnos en el art. 118 que, precisamente, trata sobre los nuevos daños punitivos.

Esa norma, evitando los eufemismos de sus defensores, directamente deroga a los daños punitivos tal como los conocimos a partir de la vigencia de la Ley 26.361. Si este lamentable anteproyecto llega a convertirse en ley, los DP dejarán de ser un rubro indemnizatorio y se convertirían en una multa y, lo que es más grave es que habrá prevalecido el criterio doctrinario de una minoría que de tan reducida puede ser denominada ermitaña.

Veamos, ahora sí, los puntos más destacados de la norma del anteproyecto.

En su primer enunciado, el art. 118 del AP certifica la defunción de los daños punitivos al establecer que: El juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor...

Esto significa que la aplicación de esa multa ya no dependerá de la prueba que las partes arrimen al expediente, sino de la voluntad del juez quien tendrá atribuciones para aplicar la sanción y, desde luego, para no aplicarla. La aplicación de oficio de los DP es muy discutible y puede generar opiniones divergentes en uno u otro sentido.

Nosotros pensamos que si los jueces pueden aplicar de oficio daños punitivos, también, oficiosamente y por razones de equidad, deberían tener facultades para imponer daños morales o lucros cesantes o daños emergentes que las partes, por el motivo que sea, hayan omitido incluir en su demanda.

Desde luego que permitir la aplicación de oficio de rubros indemnizables provocaría un importante desajuste en las normas procesales. Es por eso que, en principio, nos parece mejor que la aplicación de los DP tampoco sea oficiosa.

En segundo lugar, y luego de decir que sí corresponde la aplicación de la multa, el juez, también a su libre arbitrio, decidirá el destino final de esa multa. Así, el punto 3 de la norma dice: La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.

Esto significa que los DP proyectados están organizados a partir de tres pilares; a saber:

- a) Se trata de una multa y no de una indemnización;
- b) su aplicación depende de la voluntad del juez quien tiene atribuciones para aplicarla o de no aplicarla sin que su negativa deba ser fundada.
- c) El juez puede elegir, a su libre arbitrio, el destino de la multa.

La norma nos merece, además de estar en las antípodas de nuestra concepción, nos merece las siguientes críticas operativas:

- i) Es difícil, sino imposible, imaginar que las partes de un pleito se arriesguen a la aventura de solicitar DP sabiendo que por más pruebas que aporten el juez tendrá atribuciones para desechar el reclamo sin siquiera una resolución fundada. Por otra parte, también es misterioso anticipar qué ocurrirá con las costas resultantes de un planteo de daños punitivos perdedor.

- ii) En segundo, lugar, si el juez elige el destino de la multa, ninguna parte se va a tomar el trabajo de probar la existencia de una conducta gravemente antisocial si luego el fruto de ese trabajo va a parar a donde el juez se le

ocurre. Los abogados, igual que el resto de las personas en el sistema capitalista, trabajan bajo el mejor estímulo de ganar dinero y no para que su trabajo vaya a parar a donde se le ocurra a un juez. Es dable pensar, entonces, que en las demandas de daños y perjuicios habrá menos reclamos de DP. Esto, desde luego, es otro motivo de festejo de los grupos corporativos que tanto insistieron con derogar los daños punitivos.

h) Reflexiones finales: el triunfo de las minorías es una forma invertida de la democracia.

No podemos entender el motivo por el cual el único autor nacional que se pronuncia en contra de los DP haya sido seleccionado para reformar la ley que los contempla. Resulta sumamente difícil de explicar una incongruencia tan reñida contra las normas democráticas básicas. Es que, el abc de la democracia consiste en que la opinión de la mayoría prevalece sobre la minoría. Tanto más cuando el diferencial cuantitativo es tan contundente como en el caso que estamos analizando. Pues bien, esa lógica fue quebrada. Peor: fue invertida y la minoría obtuvo el privilegio que le correspondía a la mayoría.

El resultado de esa designación era previsible: la comisión legislativa hizo un anteproyecto que virtualmente derogó los DP que conocemos. Nadie podía suponer que sería representativa de la sociedad una ley hecha por una doctrina que de tan aislada adolece de misantropía.

Las leyes nacionales, sobre todo aquellas que tienen una importancia estructural en el ordenamiento normativo, deben apuntar al bien común y no al lucimiento de sus autores. Las comisiones legislativas deben ser equilibradamente integradas por doctrinarios que representen el pensamiento predominante y que, además, no sean jueces en ejercicio.

Es preciso terminar con esta penosa y muy subdesarrollada costumbre de asignarle a nuestros jueces (en algunos casos, integrantes de la Corte Suprema Federal) la tarea de hacer nuestras leyes. Ellos deben interpretarlas dejando que los legisladores y sus asesores las creen. Argentina todavía no entiende ni siquiera ese formulado republicano tan sencillo. Nos falta recorrer un camino muy largo, y a veces creemos que difícilmente lleguemos a un horizonte de esperanzas. Por eso, más de una vez dijimos que no es posible que cambiemos si siempre hacemos lo mismo.

i) Terminaciones.

Dada la extensión del ensayo y la diversidad de temas contenidos, nos parece apropiado agrupar en un capítulo final las ideas más relevantes que hemos desarrollado:

1) Este instituto, de tradición sajona, ha sido incluido en nuestro ordenamiento por la ley 26.361 (art. 52 bis LDC.). A pesar de no haber acuerdo doctrinario acerca de su naturaleza jurídica, el pensamiento mayoritario sostiene que los DP son eficaces para prevenir daños y disuadir conductas antisociales.

2) El Código Civil y Comercial, más allá de incrementar las herramientas preventivas de los daños, sostiene la función resarcitoria de las indemnizaciones tradicionales.

3) Para los sistemas clásicos el daño es el límite de toda indemnización.

4) El art. 1738 CCyC incrementa los rubros indemnizables, pero, sin embargo, todos ellos están subordinados al daño sufrido efectivamente sufrido por la víctima (art. 1740 del CCyC).

5) La reparación plena, postulada en el art. 1740 del CCyC, constituye una ficción basada en la idea de volver las cosas a su estado anterior a la ocurrencia del daño. Sin embargo, tal retroceso fáctico no solo es imposible, sino que muchas veces da como resultado que las indemnizaciones sean insuficientes.

6) Los daños punitivos desvinculan el daño material padecido por la víctima de la indemnización resultante. Los castigos punitivos superan el valor del daño efectivamente producido porque su finalidad es principalmente preventiva.

7) En ese sentido, los DP tienen un claro sentido ético y moralizante porque desestimulan las ecuaciones de costo beneficio que privilegian la renta

empresaria sobre la calidad y la seguridad de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.

8) El anteproyecto que reforma la ley de defensa del consumidor prevé la derogación de los DP y su substitución por un instituto que no tiene mayores puntos de contacto con los daños punitivos que conocemos actualmente.

9) El anteproyecto no respeta la opinión mayoritaria de la doctrina nacional.

10) Pensamos que es incorrecto que los jueces en ejercicio ocupen lugares en comisiones legislativas puesto que ello pelagra el sistema republicano de división de poderes.

Notas al pie:

1) Art. 52 bis. Daño Punitivo. 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. 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, inciso b) de esta ley.

2) El objetivo de la reparación plena se plasma en cuatro pautas que deben ser tenidas en cuenta en el caso concreto: el daño debe ser fijado al momento de resolver, la indemnización no debe ser inferior al perjuicio sufrido, la apreciación debe efectuarse en concreto, y la reparación no puede ser mayor al daño padecido. (Alterini, Jorge H., (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado, Buenos Aires, La Ley, 2016, T° VIII, p.259).

3) Ello apunta, básicamente, a destruir la racionalidad económica que permitió que el daño se ocasionara. Era más rentable dejar que el perjuicio se produjera que prevenirlo; el daño punitivo arruina este negocio y permite prevenir. (Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2016, T° II, p. 714).

4) Una segunda etapa, acorde con las consecuencias de la revolución industrial y la modernidad (no la edad moderna) y que repercutió en la reforma del Profesor Borda de 1968 es la incorporación de los factores objetivos de responsabilidad -1071; 1198; 1113; 2618, etc.- que le dieron al Código Civil una modernidad que constituyó un acierto y lo colocó frente a la realidad, así como la implícita regulación de los contratos de adhesión (art. 954 C. C.) o los límites al derecho de propiedad (art. 2513C. C.), etc. (Gherzi, Carlos, DAÑO PUNITIVO: Falta de coincidencia con la forma de aplicación, Buenos Aires, elDial.com, 3/11/2016, Citar: elDial DC209F).

5) La reparación tiene finalidad marcadamente resarcitoria, procura reparar el menoscabo, antes que sancionar y castigar al responsable. De allí que, como regla, el perjuicio sufrido por el damnificado constituya un límite más allá del cual no es posible pasar, so riesgo de convertir al daño en una fuente de lucro... (Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I ... p.564).

6) El principio de plena reparación significa colocar al damnificado en un situación igual o aproximada a aquella en que se encontraba antes del hecho lesivo. Sin embargo, se trata de un ideal cas nunca realizable, que en algunos casos se logra con compensaciones inevitablemente mutiladas...Desde una óptica ideal, la reparación busca crear una situación similar...a la vigente antes de ocurrir el daño. Ese objetivo puede concretarse con bastante aproximación... en los daños patrimoniales; en cambio, es imposible en perjuicios existenciales. (Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2016, T° II, p. 677).

7) El 'negocio de responder. Se destaca que las indemnizaciones no hacen justicia de por sí y, al contrario, pueden contribuir a aumentar los daños debido a la protección que brinda el seguro y a la posibilidad empresaria de trasladar costos de primas y de resarcimientos a los precios. A partir de ello, la responsabilidad se transformaría en un incentivo para mantener el daño en niveles de rentabilidad. Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código... T° I, p. 98.

8) Se trata de lo siguiente, por duro o áspero que suene, las empresas piensan y hablan en números y no en derechos del consumidor. Esto es correcto, desde luego no es ilegal y en lo personal no encuentro problemas con la ética o la moral. Sin embargo, este modo de actuar tiene como principal

consecuencia negativa que, si la empresa encuentra que desplegar cierta conducta le permite ganar más dinero -o bien ahorrar cierto dinero, que es lo mismo- la va a continuar desarrollando, e incluso perfeccionando sin importar si esta es dañosa. Si lo examinamos objetivamente, esto es lógico toda vez que las empresas están para producir y generar ganancias y no para otra cosa. (Brusa, Juan, El daño punitivo diez años después: señales de un futuro mejor y la posibilidad de su aplicación de oficio, elDial.com, 3-08-2018, Citar: elDial.com - DC258A).

9) La responsabilidad es uno de los instrumentos de protección de los mencionados derechos, siendo una de sus funciones la reposición al estado anterior al hecho generador o la indemnización. Por lo tanto, la indemnización es una consecuencia de la lesión. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos de Derecho Privado, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 360).

10) Shina, Fernando, Sistema legal para la defensa del consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 195 y siguientes.

11) Es sabido que las indemnizaciones tradicionales procuran compensar a la víctima de un daño, reponiéndole exactamente lo que perdió a causa de él. Pero si se admite que el daño desaparece por efecto de su reparación, también se anula la idea de víctima luego de ser compensada, y la de dañador luego de remediar el daño. Esta lógica induce a reflexionar que un daño causado deliberadamente es aceptable si luego es reparado. Si se analiza con profundidad se descubre que tras esta idea subyace un pragmatismo economicista antagónico con la ética. (Shina, Fernando, Daños al consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 161).

12) Por nuestra parte, pensamos que los daños punitivos consisten en una reparación que se concede al demandado no para indemnizarlo por el daño padecido sino para disuadir al demandado, y a otros que intente conductas similares en lo sucesivo. De esta manera el Derecho interviene - indirectamente - sobre la conducta del sujeto para evitar la eventual ocurrencia del daño. En otras palabras, el instituto que estamos examinando trata de proteger a víctimas hipotéticas antes que castigar daños concretos. (Shina, Fernando, Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos, Jurisprudencia Argentina, Número Especial 2009 - III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 30 de septiembre de 2009, pg. 45). Ver también Shina, Fernando, Sistema legal para la defensa del consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 195.

13) Bregamos porque se rectifique esta aplicación del daño punitivo y sea una herramienta eficiente en la consolidación de la competencia en el mercado, ya que aquellas empresas que no invierten en seguridad y pagan escasas reparaciones con una tardía judicial de al menos 6 a 8 años y con alta inflación que lamentablemente tardará al menos 4 años en bajar, y se les omite aplicar el daño punitivo, tienen menos costos que las que invierten en seguridad y logran una competencia desleal en el mercado favoreciendo a las protervas empresas. (Gherssi, Carlos, DAÑO PUNITIVO: Falta de coincidencia con la forma de aplicación, Buenos Aires, elDial.com, 3/11/2016, Citar: elDial DC209F).

14) Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I ... p.863.

15) En consecuencia, si una empresa encuentra más beneficioso desarrollar una conducta que vulnera los derechos del consumidor que ajustarse a derecho, porque aun pagando los reclamos que tenga continúa recibiendo beneficios, habrá que entender que la empresa no ha fallado. Lo que ha fallado es el sistema que coloca límites a su conducta. Desde luego, es imposible resolver esta eventual "escasez" de límites que puede presentarse en algunos casos con una norma o criterio fijo. Pretender vestir con un mismo traje a todas las personas seguramente resulte inviable. La utilización de la sanción de daño punitivo permite ajustar ese traje a cada caso y hacer que los límites que propone el sistema legal para la defensa del consumidor sean efectivos -no fallen- en los casos particulares que lo requieran. En esta tarea el rol del juez será fundamental, pues deberá determinar cuál es la "medida del traje" para cada ocasión. (Brusa, Juan, El daño punitivo diez años después: señales de un futuro mejor y la posibilidad de su aplicación de oficio, elDial.com, 3-08-2018, Citar: elDial.com - DC258A).

16) ...los daños punitivos devienen indispensables para todo el ámbito del Derecho del Consumo, dado que es uno de los pocos instrumentos legales, por lo cuales se puede disuadir y prevenir que Proveedores tengan una conducta antisocial o en contra de la comunidad. (Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial, ...T I, p. 145).

17) Los daños punitivos novedosamente incorporados a nuestro derecho positivo además de su función sancionadora, tienen por su especial naturaleza un eminente carácter preventivo. (Bru, Jorge - Stiglitz Gabriel, en Dante Rusconi (coord.), Manual de derecho del consumidor, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 426).

18) El daño punitivo encuadra dentro del derecho protectorio del consumidor, que tiene por objeto un esquema de disuasión que persigue incentivar al proveedor para que lleva a cabo una actividad productiva de manera socialmente eficiente, evitando ocasionar daños a las personas y a la sociedad en general. (María Eugenia DoArchivo, en Tambussi (Dir.), Relación de consumo, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p.161).

19) Juan Carlos Pandiella en Krieger, Walter Fernando (Dir.) Prácticas abusivas en el Derecho del consumidor, Buenos Aires, El Derecho, 2018, p. 381.

20) Respecto de su finalidad, resaltamos su carácter ejemplificador y moralizador, a los efectos de prevenir futuras conductas similares; preventivo respecto del acaecimiento de hechos similares, favoreciendo la prevención de futuras lesiones; sancionatorio, a efectos de punir graves inconductas y castigar a un infractor de una norma civil; disuasivo de comportamientos similares, tanto para el condenado como para la colectividad de incurrir en conductas ... que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por el sistema...; y desalentador del lucro ilícito, es decir, de hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa. (Schlotthauer, Pablo - Barocelli, Sergio, en Tambussi, Caros (Dir.), Relación de Consumo, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 175.

21) Se llama Daño Punitivo porque tiene dos funciones: se une a los conceptos de "daños" que conforman el reclamo indemnizatorio y, al mismo tiempo, tiene el objetivo de punir. Nuestro derecho civil, ya aceptó la mirada funcionalista cuando admitió que a la responsabilidad civil se le pueden dar funciones adicionales, como la función preventiva (art. 1710 y sgtes., CCyCN). Por lo tanto, se aceptó que las cosas se definen por su función, que se les pueden agregar "funciones" y, así, ampliar su concepto, y es perfectamente congruente, dentro de este paradigma, entonces, darle a una indemnización ("daños"), una función punitiva ("punitivos"), resultando todo en una figura híbrida que reviste ambos caracteres.

(Díaz Cisneros, Adriano P, Afectación de la división de poderes y eliminación del daño punitivo, elDial.com, 08/03/2019, Citar: elDial.com - DC26EE).

22) Se suele decir que las finalidades principales de los daños punitivos son dos: el castigo y la disuasión. La finalidad primordial es la segunda. La primera es sólo un medio o una herramienta que se utiliza para llegar a aquella. Los daños punitivos, como sus objetivos claramente lo demuestran se hallan en perfecta sintonía con los que actualmente se predica del Derecho de Daños y con la función social que este último debe cumplir. (Chamatropulos, Alejandro, Estatuto del Consumidor comentado, Buenos Aires, La Ley, 2016, T II, p. 267).

23) Los daños punitivos, correctamente legislados, permiten eficazmente alcanzar ciertos objetivos fundamentales para un sistema moderno de derecho de daños... b) La punición permite alcanzar objetivos fundamentales en materia de retribución social, tanto para los transgresores de la ley cuanto para quienes la obedecen. Si los primeros pudieran impunemente, o con benéfico, violar el ordenamiento jurídico, aquellos que obedecen el sistema deberían soportar una porción desproporcionada dentro de un esquema que requiere sacrificios recíprocos y equivalentes a todos los ciudadanos. La punición refuerza esta convicción y al mismo tiempo cumple una función disuasiva futura para todos. (Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I ... p.863-864).

24) Así, Picasso, uno de los opositores a los daños punitivos en nuestro país, sostiene que, como ellos no buscan resarcir un perjuicio sino provocar un mal al sujeto responsable con fines de castigo y prevención general, se está lisa y llanamente ante una pena. (Chamatropulos, Alejandro, Estatuto del Consumidor comentado, ...T II, p. 265).

25) Picasso - Vázquez Ferreyra, Ley de defensa del consumidor, Buenos Aires, La Ley, T°1, p. 597.

26) Picasso - Vázquez Ferreyra, Ley de defensa del consumidor, ... T°1, p. 597.

27) En ese esquema, la prevención de comportamientos gravemente lesivos de las normas de convivencia social es normalmente confiada al poder punitivo del Estado por medio del derecho penal... El derecho de la responsabilidad civil, por el contrario, tiene en la actualidad una función esencialmente

resarcitoria, y su contribución a la prevención de los comportamientos lesivos se instrumental, como ya se ha visto, por medio de la denominada 'tutela inhibitoria', mediante el empleo de herramientas no sancionatorias. (Picasso - Vázquez Ferreyra, Ley de defensa del consumidor, ... T°1, p. 598 y 599).

28) Picasso - Vázquez Ferreyra, Ley de defensa del consumidor, ... T°1, p. 601.

29) Los 'daños punitivos', en tanto no tienden a resarcir un daño, sino a causar un mal al responsable del ilícito con fines de castigo y de prevención general, tienen la naturaleza de una pena. (Picasso - Vázquez Ferreyra, Ley de defensa del consumidor, ... T°1, p. 602).

30) Ver Shina, Fernando, Daños al consumidor, Astrea, 2014; Sistema Legal para la defensa del consumidor; Astrea, 2016, entre otros.

31) En este punto es importante hacer una salvedad. Nosotros pensamos que la aplicación efectiva daños punitivos requiere indefectiblemente la atribución de un factor subjetivo de responsabilidad. En materia de daños punitivos, pensamos, no rige la responsabilidad objetiva, sino que debe demostrarse que la existencia de una conducta particularmente grave que se emprende deliberadamente, ya sea para perjudicar a otro o para incrementar el lucro propio, con total indiferencia de las consecuencias dañosas.

32) El daño punitivo está dentro de esta "lógica regulatoria" es decir debe aplicarse conforme a situaciones objetivas de violación de la seguridad y con fundamento en la responsabilidad objetiva, con la finalidad de generar conductas futuras ratificadoras de la sancionada con daño punitivo. Esto es de la esencia de la sociedad de consumo. (Gherzi, Carlos, DAÑO PUNITIVO: Falta de coincidencia con la forma de aplicación, Buenos Aires, elDial.com, 3/11/2016, Citar: elDial DC209F).

33) Recordemos que en el marco del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, mandó a llevar adelante un anteproyecto de reforma integral de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor. La comisión legislativa designada para su realización estaba compuesta por doce juristas, Sebastián Picasso entre ellos.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 2 DE JULIO DE 2019

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1738, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1740, Ley 340 Art.1078, Ley 24.240 Art.52, Ley 24.240 Art.53, LEY 26.361

La norma más favorable al consumidor en caso de secuestro prendario (Fallo "H.S.B.C. Bank", CSJN)

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 26 DE JUNIO DE 2019

TEMA

PRENDA-SECUESTRO DE BIENES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-IN DUBIO PRO CONSUMIDOR-DERECHO DE DEFENSA

TEXTO

En el fallo en comentario, emanado de CSJN en el recurso de hecho tramitado por la Fiscal General en autos "HSBC Bank Argentina S.A. c/Martínez, Ramón Vicente s/secuestro prendario", de fecha 11/06/2019, la Cámara de Apelaciones en lo Comercial había declarado "la competencia de ese fuero para tramitar el secuestro prendario, a la vez que rechazó el planteo deducido por la Fiscal General relativo a la invalidez del trámite del secuestro sin dar previamente audiencia al deudor, fundado en las normas protectorias del consumidor". La Corte, en su decisión, aborda dos cuestiones, una de carácter procesal y, la otra, de derecho "de fondo". La primera cuestión está referida a la habilitación del recurso extraordinario aun cuando no se tratara de una sentencia definitiva; la segunda, aplica el principio 'pro consummatore' en las relaciones de consumo. Con soporte en la normativa constitucional.

Respecto de la primera cuestión, el tribunal federal entiende que "lo resuelto ocasiona gravamen de imposible reparación ulterior que permite equiparar el fallo apelado a un pronunciamiento definitivo"; ello así de momento que, en el 'sub lite', la Cámara interviniente dio curso al "trámite del secuestro sin dar previamente audiencia al deudor" privándolo "-en la relación de consumo- de todo ejercicio de derecho de defensa, en forma previa al secuestro del bien prendado", siendo que el tribunal 'a quo' "se limitó a mencionar que el sistema especial que habilita el secuestro tuvo origen en una convención celebrada entre las partes y ello -en tanto válida formulación del consentimiento- despejaba cualquier violación al derecho de defensa del consumidor"; por lo que, sostiene la Corte, no se resguardó debidamente "la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso". Sin duda, el secuestro de un bien mueble -por añadidura, sin oportunidad de defensa alguna al respecto- deriva en un perjuicio cierto para el demandado, en términos de una conflictiva situación que se le plantea, p. ej., en punto al eventual recupero, en tiempo y forma, del objeto prendado. Esta sola circunstancia justifica el tratamiento recursivo ante nuestro Supremo tribunal de la decisión de Cámara respectiva, a pesar de no ser ella una sentencia definitiva.

En cuanto a la segunda cuestión, la Corte, puntualizando, precisamente, "la naturaleza de la convención que habilitó el sistema especial que dio lugar al secuestro, instrumentada mediante un contrato de adhesión, por medio de un texto conformado por cláusulas propuestas por el acreedor", hace referencia a aquella mención restringida que formulara la Cámara -indicada en el párrafo anterior-, e imputa carencia de fundamento -o fundamento sólo aparente- a la resolución del 'a quo', y ausencia de un "especial y detenido análisis por parte del tribunal". Asimismo, tacha de 'arbitraria' la decisión recurrida, además, al reprochar al juzgador de la alzada no haber integrado en su análisis las disposiciones del régimen consumeril, haciendo aplicación del principio general 'pro consummatore', con referencia expresa a los principios 'in dubio pro consummatore', y de 'favor debilis'; y, en particular, la norma del art. 37, inc. b, de la Ley de Defensa del Consumidor (n° 24.240 y mod. -LDC-), 'en tanto permite tener por no "convenidas las cláusulas "...que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte"'. Como es sabido, "el principio genérico 'pro consummatore'...engloba los principios particulares de 'favor debilis', 'in dubio pro debitoris', e 'in dubio pro consummatore'" (CONDOMÍ, 20/10/2011); "el principio 'favor debilis' tiende a la protección de aquél a quien se considera 'parte débil' en una relación o situación jurídica" -en la especie,

el consumidor/usuario-; "el principio 'in dubio pro debitoris', aunque referido a interpretación de normas contractuales en general, excede el marco acotado de los contratos de consumo y como principio del derecho de las obligaciones, se refleja en la LDC, al establecer: " Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación del consumidor se estará a la que sea menos gravosa" (art. 37º, Ley cit.)"; "el principio in dubio pro consummatore es, en rigor, una aplicación singular del principio 'favor debilis' antes reseñado" -art. 3º, párrafo 2º, disp.. 2º, Ley cit.- (loc. cit.). Asimismo, respecto de ciertas disposiciones "pro consumidor" del Código Civil y Comercial he dicho, con anterioridad, que 'estas normas, haciendo aplicación del principio genérico del 'pro consummatore', se ubican en la misma línea hermenéutica del art. 1094, CCC, referido a la "interpretación y prelación normativa", 'ya que...se da, sin esfuerzo, un cierto "arrastre" de las cuestiones relativas a la interpretación de las normas generales a la interpretación de las cláusulas contractuales, atento al carácter de normas particulares/individuales y "secundarias" de éstas, con las particularidades del caso, claro está' (CONDOMÍ, 01/10/2015)].

En suma, la Corte, meritando las disposiciones constitucionales de los arts. 42 (menciona "la especial protección que le confiere al consumidor] el artículo 42 de la Constitución Nacional") y 18 (menta "el derecho al debido proceso adjetivo"), declara la "descalificación como acto jurisdiccional" -arbitrariedad- de la resolución de Cámara recurrida.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 26 DE JUNIO DE 2019

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1094, Constitución de la Nación Argentina Art.18, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.37*

Ref. Jurisprudenciales: "HSBC Bank Argentina S.A. c/ Martínez, Ramón Vicente s/ secuestro prendario", CSJN, Capital Federal, 11/06/2019

REF. BIBLIOGRAFICAS

-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Código Civil y Comercial: Incidencia en materia de interpretación e integración de los contratos de consumo"; 01/10/2015; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF150529.

-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -primeras aproximaciones-"; 20/10/2011; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF110174.

Primeros pasos en el Derecho del Consumo: el mensaje presidencial "Kennedy" de 1962

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 18 DE JULIO DE 2019

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Resumen. La conformación del régimen del derecho del consumo registra diversos hitos en su transcurso. Entre ellos, sin duda, se halla el mensaje presidencial del Presidente J. F. Kennedy al Congreso de su país, de 1962, en el que dicho mandatario se refiere a algunos de los principales derechos que asisten a consumidores y usuarios, y a numerosas medidas tendentes a incrementar y mejorar la protección debida a los mismos.

1. Introducción.

El 15 de marzo de 1962, el presidente John F. KENNEDY (JFK) emitió un mensaje ante el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica, referido a distintos aspectos inherentes a la protección de los derechos de consumidores y usuarios, bajo el lema: "Consumers, by definition, include us all" (es decir, 'consumidores', por definición, nos incluye a todos'); este enunciado constituye un elemento esencial del que he denominado 'grupo normativo básico (o "grupo alfa") del derecho del consumo', según el cual "todo ser humano es consumidor" (CONDOMÍ, 22/05/2015), reflejo del 'principio de configuración genérica' en la materia (CONDOMÍ, 25/10/2013) -"un concepto genérico del término" "consumidor"]; esto es, sin calificaciones en particular, por su sola condición de destinatario final de bienes y servicios" (loc. cit.)-; en tal sentido, la calificación de "grupo económico" ('economic group') que JFK atribuye al colectivo de consumidores, no puede entenderse, técnicamente, como "grupo", no sólo por la vasta denotación del término "consumidores" - reconocida por el propio mandatario estadounidense-, sino porque su configuración no presenta las notas características del "grupo" o "categoría" sociales, en sentido sociológico, a saber: interacción regulada, valores y creencias compartidos o semejantes, y...conciencia particular de grupo" (CHINOY, 1983); salvo que, dada la vastedad del término, se admitiera la existencia de la humanidad toda -ya que cada uno de sus integrantes es consumidor/usuario- como una suerte de "agregado universal". Sea como fuere, el comunicado presidencial en comentario está estructurado, informalmente, en tres secciones referidas a: 1) conceptos generales; 2) enunciación de derechos consumatarios; 3) aspectos organizativo-institucionales.

2. Conceptos generales.

Destaca el mensaje la falta de organización y, consecuentemente, la poca repercusión social de las perspectivas ('views') de los consumidores, cuyas necesidades e intereses debe salvaguardar el Gobierno Federal. Propone ciertas políticas "cualitativas", a su respecto, aumentando los esfuerzos para hacer el mejor uso posible de sus ingresos, frente a políticas "cuantitativas" por "aumentar sus ingresos", propendiendo al bienestar general ('most families'). Señala el efecto negativo sobre el consumo que resulta de las nuevas tecnologías en alimentos, medicamentos y aparatos de uso doméstico ('appliances') y la necesidad de nuevas regulaciones legales a su respecto (- qué debería decirse hoy, transcurrido más de medio siglo de avances tecnológicos!); en particular, se refiere a la falta de instrucciones sobre el manejo de los nuevos productos del mercado, a cuyo fin, el ama de casa ('housewife') se ve forzada a convertirse en una aficionada electricista, mecánica, química, toxicóloga, dietista y matemática. Asimismo, se refiere a publicidad masiva, ignorancia del consumidor sobre condiciones de seguridad, calidad, eficacia y rendimiento de los productos, precio de los créditos de consumo, valor nutritivo de los alimentos, y supuestas virtudes de la economía "de gran tamaño" ('large economy size'). (Algunas de estas cuestiones vienen siendo corregidas -aunque, en general, no completamente- en el tráfico masivo de productos y servicios; pero, debe resaltarse el hecho de que hayan sido

advertidas oficialmente en aquella época).

3. Derechos del consumo.

El presidente JFK exhorta al accionar legislativo y administrativo ('legislative and administrative action') con relación a estos derechos: 1) 'a la seguridad' ('right to safety'), respecto de la comercialización de productos peligrosos para la salud o la vida; 2) 'a la información' ('right to be informed'), para ser protegido contra información, publicidad, etiquetado, u otras prácticas fraudulentas, tramposas, o groseramente engañosas; y a que se le provean los datos necesarios para tomar una decisión informada; 3) 'a elegir' ('right to choose'), posibilitando el acceso a una variedad de productos y servicios a precios competitivos y, en su caso, la garantía de calidad satisfactoria y servicio a precios justos; 4) 'a ser oído' ('right to be heard'), para asegurar que los intereses de los consumidores reciban una consideración completa y empática en la formulación de la política del Gobierno, y un tratamiento justo y expeditivo en sus tribunales administrativos. A tales fines, agrega el mensaje, es necesario que los programas gubernamentales existentes se refuercen, que la organización gubernamental mejore, y, en su caso, se sancionen nuevas normas legislativas. Por cierto que este elenco de derechos consumeriles ha sido ampliado y enriquecido con el tiempo, merced a los principios (CONDOMÍ, 25/10/2013) y la intensa normativa que ha ido siendo dictada en diversos ámbitos, internos e internacional (CONDOMÍ, 19/03/2019), aunque, como sostengo 'supra', resulta significativo que estas enunciaciones hayan sido formuladas más de medio siglo atrás.

4. Medidas organizativo-institucionales propuestas.

Al mismo tiempo, el presidente JFK propone, en su comunicación, una serie de medidas alternativas y complementarias a los planes ya existentes; en tal sentido, pasa revista a diversos programas cuya eficacia se pretende mejorar sobre base presupuestaria ('strengthening of existing programs'). Asimismo: A) Procura la instalación y/o fortalecimiento de autoridades regulativas de protección adicional al consumidor ('new legislative authority for added consumer protection'); y nueva legislación tendiente a llenar "graves lagunas legales" ('serious statutory gaps'), particularmente, en materia de medicamentos y dispositivos terapéuticos, y productos cárnicos. B) Establece el principio que podemos traducir como de "buena fe crediticia" ('truth landing'), tendente a prever ciertos abusos en las líneas de préstamos para el consumo, particularmente, en materia de información en las prácticas crediticias. C) Propicia el mejoramiento de los sistemas audiovisuales (TV); D) Propone el fortalecimiento de las leyes que promueven la competencia y prohíben el monopolio; haciendo referencia, en tal sentido, a los organismos operativos respectivos. E) Establece el principio traducible como de "buena fe en el envasado de los productos" ('truth in packaging') previendo, en particular, prácticas engañosas, fraudulentas o inútiles ('misleading, fraudulent or unhelpful practices') en perjuicio del consumidor.

5. Corolario.

Como cierre de su mensaje, el recordado mandatario estadounidense pronuncia estas palabras: "Siendo que todos somos consumidores, estas acciones y propuestas en el interés de los consumidores, lo son en el interés de todos nosotros" ('as all of us are consumers, these actions and proposals in the interest of consumers are in the interest of us all'). Si "hito" es un "hecho clave y fundamental dentro de un ámbito o contexto" (RAE), sin duda, el documento muy brevemente comentado 'supra', constituye, por cierto, un referente señero e ineludible en el proceso de configuración del derecho del consumo.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 18 DE JULIO DE 2019

:

Editorial:

REF. BIBLIOGRAFICAS

-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte"; 25/10/2013; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF130328.

-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Undécima parte (Grupo normativo básico); 22/05/2015; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF150619.

-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Breve síntesis esquemática del régimen básico nacional de defensa del consumidor a la luz de la jurística"; www.saij.gob.ar; 19/3/2019.

-CHINOY, ELY; "La sociedad -Una introducción a la sociología-"; Fondo de Cultura Económica, México; 1983.

La influencia de las marcas comerciales en el fortalecimiento de la sostenibilidad y de los consumidores ambientales

IGLESIAS DARRIBA, CLAUDIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 29 DE JULIO DE 2019

TEMA

MARCAS-MARCAS SUSTENTABLES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE-DEBER DE INFORMACION-PRINCIPIO PRECAUTORIO

TEXTO

Resumen.

Sabemos que las marcas comerciales (tal como las conocemos en la actualidad) surgen como consecuencia de la revolución industrial. Su finalidad consistía, originariamente, en la protección de los nuevos (y grandes) industriales del siglo XIX. En este breve artículo veremos cómo las marcas comerciales clásicas se expanden al resto del mundo, siguiendo el camino de los productos exportados desde las metrópolis hasta los mercados de destino. Además, analizaremos cómo los países centrales impusieron normas marcarias (adecuadas a la protección de sus intereses) en los países destinatarios de sus exportaciones. También nos referiremos a la relación del ambiente con los conceptos de sostenibilidad y bienes comunes. Asimismo, examinaremos cómo las marcas comerciales evolucionan en la segunda mitad del siglo XX para enfocarse -además- en la protección del ambiente y cómo dicha evolución beneficia directamente a los consumidores argentinos. También comprenderemos cómo la reforma constitucional de 1994 crea un nuevo paradigma para los consumidores ambientales. Finalmente, arribaremos a una serie de breves conclusiones y recomendaciones sobre el tema bajo estudio.

Abstract.

As we know trademarks (as they currently appear) arise as a result of the industrial revolution. Its original purpose was to protect the new (and large) industrialists of the 19th century. In this short article we will see how classic spread, following the route of their products in the destination markets. In addition, we will analyse how the central countries imposed trademark standards (appropriate to the protection of their interests) in the countries targeted for their exports. We will also refer to the relationship of the environment with the concepts of sustainability and commons. Likewise, we will examine how commercial brands evolve in the second half of the twentieth century to focus on the protection of the environment, and how such evolution directly benefits Argentine consumers. We will also understand how the constitutional reform of 1994 creates a new paradigm for environmental consumers. Finally, we will draw a number of brief conclusions and recommendations on the matter.

1. Introducción: Brevisima historia de las marcas comerciales.

Las marcas comerciales -tal como las conocemos en la actualidad- adquieren sus principales características en tiempos de la revolución industrial. En aquel entonces, su finalidad era, exclusivamente, la protección de la producción masiva de bienes generada en el muy extenso Imperio Británico y en los Estados Unidos (Iglesias-Darriba 2018). Dado lo limitado de este trabajo sólo consideraremos los antecedentes occidentales de nuestras marcas comerciales, que son los más relevantes para explicar su nacimiento y evolución. Debemos tener presente que la historia de los signos forma parte de la historia misma de la civilización por lo que las marcas (en sentido lato) existen desde los albores de la humanidad (2). Tampoco haremos referencia a las etiquetas ecológicas, que son marcas de certificación.

Podemos observar que, desde el comienzo mismo de la revolución industrial, la competencia entre los grandes fabricantes e industriales se hizo visible en el

uso generalizado de marcas. Así, los países altamente desarrollados protegieron los signos distintivos de sus industrias nacionales desde muy temprano (Higgins 2012; Khan and Sokoloff 2001; McClure 1996).

Lo dicho se debe a que los productos industriales (que se caracterizan -justamente- por su producción en serie) se tornaban peligrosamente similares entre sí y -por su fuera poco- podían copiarse con facilidad. Todo ello podía causar (y causaba) enormes pérdidas a las industrias, que encontraron en las marcas el instrumento ideal para diferenciarlos, tanto en las propias metrópolis como en los países a los cuales se exportaban. Y, como consecuencia de esa exportación, los países centrales impulsaron una política exterior fuertemente proteccionista de sus marcas que afectó directamente a las nuevas naciones de Occidente, muchas de ellas sus antiguas colonias. Todo esto lo veremos a continuación.

2. La protección de las marcas y la imposición de políticas marcarias en los países periféricos.

Como dijimos en la introducción a este trabajo, el uso generalizado de marcas aparece como consecuencia de la feroz competencia entre los grandes fabricantes e industriales. En los Estados Unidos las patentes ya se habían desarrollado desde finales del siglo XVIII; la protección de las marcas, sin embargo, surge durante el siglo XIX, casi contemporáneamente con su aparición en Inglaterra. La mayoría de los autores considera que en esta época se dio el inicio de las marcas comerciales ya que fue en ese momento cuando éstas adquirieron sus características como derechos intelectuales (básicamente el llamado *ius excludendi*) (3). Todo ello se debe, a su vez, a que recién en ese entonces surgieron una legislación y una jurisprudencia lo suficientemente coherentes y sólidas para atribuir a estos derechos sus características actuales (Diamond 1983; Paster 1969; Schechter 2002).

Así, la primera ley británica que hace referencia a las marcas es de 1862 (4). Dicha norma establecía sanciones penales severas para la copia marcaria. A su vez, la primera ley de registro de marcas es de 1875, (5) y la primera marca registrada (6) data de 1876 (Higgins 2012). Los Estados Unidos, por su parte, contaban con un sistema registral de propiedad industrial sumamente avanzado desde finales del siglo XVIII. La Oficina de Patentes y Marcas (7) de ese país data de 1790, y se había desarrollado, como dijimos, por el fuerte impulso del sistema de patentes. La primera ley de marcas es del año 1870, y la primera marca (8) fue registrada ese mismo año (Chasser 2003). Francia, por su parte, también promovió fuertemente la protección de sus marcas nacionales e impulsó su primera legislación marcaria en la segunda mitad del siglo XIX. Los autores franceses consideran que sus marcas eran protegidas aún antes que las británicas (Duguid 2009).

Mientras tanto, con el fin de incrementar la protección marcaria, los países industrializados impulsaron un sistema internacional de protección, y en 1883 suscribieron el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, que sería la norma internacional fundamental en materia de marcas, y cuya vigencia se mantiene hasta nuestros días (9). A partir del Convenio de París, las marcas de los países centrales tendrían garantizada la debida protección en los países periféricos. Este convenio es un paso decisivo en una fuerte geopolítica marcaria, nacida en los países industriales y destinada a los receptores de sus exportaciones.

Estos últimos eran, básicamente, las nuevas naciones de América, las cuales era, a su vez, sus antiguas colonias (10). El Convenio de París se integra con la instauración de sistemas de registro de marcas a nivel nacional, en todo el mundo. Todo eso ayudó a cimentar aún más el sistema marcario en aquellos tiempos (Duguid, Paul, Teresa de Silva Lopes 2010). Posteriormente, en 1891, se firmaría el Arreglo de Madrid, que establecía que con una sola solicitud se pudiera proteger una marca en los diversos estados firmantes del Arreglo (11).

Mientras tanto, en el Virreinato del Río de la Plata regía la legislación española, que era de aplicación en la medida en que no existiera una legislación especial para las Indias. Debemos tener presente que, en un

principio sólo España podía comerciar con sus colonias por lo cual no existía una legislación sistemática que rigiera las marcas. Sin embargo, a partir de 1778 el mercado hispanoamericano se abrió al comercio con otros países y la cuestión de las marcas tomó una gran relevancia (12). Así, España legisla por primera vez sobre sus marcas nacionales en 1850 (antes que los países industrializados), estableciendo el otorgamiento de certificados de marcas para que sus propietarios pudiesen hacer valer sus derechos frente a terceros usurpadores. La primera marca española fue registrada en 1866 (González 1995; OEPM n.d.).

Los sectores de la producción que más impulsaron el crecimiento de las marcas fueron las industrias textiles y metalmeccánicas. Dichos sectores fueron los que -además- fomentaron la creación de estrictos sistemas nacionales de protección marcaria y -posteriormente- la implementación de un sistema internacional para sus marcas (Higgins 2012). Tal sistema encontraba fundamento en el hecho de que sus productos estaban destinados principalmente a mercados extranjeros. Debemos entender que, como consecuencia de la globalización que se iniciaba en ese período, los sistemas nacionales de protección marcaria (en los países centrales), no resultaban suficientemente aptos para atender las necesidades de las grandes industrias, cuyos productos ya no estaban destinados a los mercados internos sino a los mercados extranjeros. Y los hechos demostraban que la mayoría de esos mercados se regían por normas muy diferentes de las que regulaban los lugares de producción. Esto se debe a que, a poco de iniciada la producción en serie, comenzaron las grandes exportaciones de los excedentes de dicha producción.

Históricamente, en el territorio argentino, las marcas sólo habían sido utilizadas para diferenciar productos de orfebrería y para identificar el ganado. Hoy en día esta última materia se encuentra regulada por la legislación de marcas y señales. Por otro lado, es interesante resaltar que, siendo nuestro país una economía agro-ganadera, resulta evidente que la legislación marcaria argentina no estaba destinada a la protección de productos industriales locales (porque no los había) sino de aquellos provenientes del extranjero, principalmente de Europa.

En consecuencia, siguiendo el mandato impuesto por la revolución industrial, la Argentina protegería las marcas desde muy temprano en su propia Constitución Nacional de 1853 (13). A su vez, la primera ley local de marcas es sancionada en 1876. Dicha norma ley fue sustituida en 1900 por la Ley N° 3975, que tomó como modelo la ley de marcas francesa (14). La Ley 3975, a su vez rigió hasta 1980, cuando fue reemplazada por la Ley N° 22.362, actualmente vigente (15). Debemos resaltar que la Ley N° 3975 rigió durante nada menos que 80 años, y fue sustituida por una norma que (desde hace casi 40 años) se mantiene casi inalterada. Todas las normas argentinas han sido consistentes con los preceptos proteccionistas de la revolución industrial.

Finalmente, recordemos que la primera marca registrada en Argentina fue "Hesperidina", de propiedad de un ciudadano norteamericano, Melville Sewel Bagley, en 1876, para una bebida que, en la década de 1970 llegó a vender 270.000 litros por mes (Cresto 2004). Se dice que Bagley fue quien sugirió al presidente Nicolás Avellaneda la sanción de una ley de marcas y la creación de un registro para la protección de Hesperidina (16).

Según datos de la OMPI, tan solo en 2016 se solicitaron en Argentina más de 70.000 marcas, y a nivel mundial las solicitudes alcanzaron los siete millones ese año (17).

3. La evolución de las marcas comerciales: La protección del ambiente, la sostenibilidad y los bienes comunes.

Durante el siglo XX el crecimiento de las marcas comerciales fue tan importante que, hacia los años sesenta, la enorme cantidad de marcas existentes en el mercado forzó a éstas a una fuerte adaptación. Fue entonces cuando las marcas comerciales comenzaron a vincularse con conceptos tales como la sostenibilidad o los bienes comunes.

La sostenibilidad es un concepto relativamente reciente en la historia humana. Hace referencia a la necesidad de satisfacer las necesidades de desarrollo de las generaciones presentes sin comprometer los recursos de las

generaciones futuras. Esta concepción aparece sistematizada por primera vez en el Informe Brundtland (1987) (18) y actualmente se encuentra en el centro de la discusión ambiental global (19).

Por su parte, el concepto de bienes comunes (o bienes de uso común o de propiedad común) deviene algo más complejo, debido a su origen en la cultura anglosajona. Su comprensión, sin embargo, es fundamental para entender la problemática ambiental y por qué existe siempre una tendencia al uso abusivo del ambiente. Esta concepción aparece por primera vez en 1968 y sostiene que -para evitar el uso abusivo de los bienes compartidos- deben otorgarse derechos de propiedad privada (sobre dichos bienes) con facultades de excluir a los demás usuarios (20). Posteriormente, Elinor Ostrom (Premio Nobel de Economía) (21) sostendría la postura contraria, vale decir que los bienes y recursos comunes podrían mediante un sistema de propiedad grupal de todos los interesados en ellos. Los bienes comunes por excelencia son aquellos relacionados con el ambiente y los recursos naturales, en los que todos compartimos el derecho de (co)propiedad.

Como consecuencia de su adaptación a los mencionados conceptos de sostenibilidad y bienes comunes, las marcas comerciales comienzan a transformarse en signos más amigables con el ambiente (22). Aparecen así, en primer lugar, los clásicos signos de color verde, típicamente relacionados con esta problemática ambiental. Sin embargo, el color verde también aparece en otros sectores, tales como los productos dietéticos, vegetarianos, veganos, zen, orgánicos, o simplemente agrícolas. Recordemos simplemente la sobreabundancia del color verde en determinados segmentos.

Corresponde aquí aclarar que, desde el punto de vista semiológico, el contenido sostenible de las marcas comerciales aparece como una información acerca de determinadas características (siempre presentadas como valiosas) del producto o servicio. En el caso de las marcas ecológicas, sus signos distintivos tradicionales (denominativos, figurativos o mixtos) adoptaron rápidamente el color verde, para identificar productos relacionados con la salud y el bienestar (23). Un buen ejemplo de esta mutación es la marca STARBUCKS, que cambió su color original (café) por el verde que observamos en la actualidad. Esto tuvo por finalidad satisfacer los intereses y valores de sus consumidores, cada vez más preocupados por la problemática ambiental. Asimismo, STARBUCKS fomenta la sustentabilidad en toda su cadena de comercialización, e incluso, ha desarrollado una etiqueta de certificación de buenas prácticas de sostenibilidad ("C.A.F.E. Practices") que es obligatoria para todos sus proveedores (24).

Importantes autores sostienen que la estrategia de posicionamientos de las marcas verdes está basada en la comunicación de los beneficios emocionales de los productos (Aaker and Joachimsthaler 2012) y en la transmisión del concepto de sostenibilidad (Hartmann, Javier, and Sainz 2004; Joaquim, Pereira, and Fgv 2004). Aquí cabe destacar que, si bien las marcas ecológicas cumplen una función social de primera línea, no dejan de ser un instrumento de naturaleza comercial, y su éxito depende de su aptitud para promocionar y vender los productos y servicios a que se refieren.

4. Regulación general de las marcas ecológicas argentinas y su relación con los consumidores ambientales.

En la Argentina, la protección del ambiente goza de la más elevada jerarquía, desde que fue reconocida por el Art. 41 de la Constitución Nacional. Dicho marco constitucional es altamente propicio para la defensa del ambiente como bien común de los habitantes (25).

También, como consecuencia de la reforma constitucional, las marcas sostenibles adquieren una importante relevancia. La constitución mantiene la vigencia de los derechos marcarios en su artículo 17 (26). Sin embargo, modifica sustancialmente la situación de los consumidores ambientales al establecer de manera expresa la protección constitucional del ambiente (Artículo 41 de la CN) (27) y de los consumidores (Art. 42 CN). En consecuencia, los derechos marcarios sufren una fuerte limitación por cuanto ya no pueden afectar los derechos consagrados a favor de los consumidores ambientales, que quedan fuertemente protegidos en virtud de los artículos 41,

42 y 43 de la Constitución Nacional (28). Esto es importante en países como la Argentina, donde las marcas ecológicas no se encuentran reguladas de manera especial.

Por su parte, la normativa del Mercosur también favorece la instauración del consumo sostenible, que es definido como el uso de bienes y servicios que responden a las necesidades del ser humano y proporcionan una mejor calidad de vida, y al mismo tiempo minimizan el uso de recursos naturales, sin poner en riesgo las necesidades de las generaciones futuras (29).

En el mismo sentido, el art. 240 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) limita el ejercicio de los derechos individuales, los cuales no deben afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad entre otros (Cafferatta 2015). Vale decir que los derechos marcarios (que son derechos individuales que se rigen por el derecho privado) deben adecuarse: 1) a las normas ambientales de raigambre constitucional, y 2) a los derechos constitucionales de los consumidores. Como vemos, el ambiente y los consumidores son una instancia constitucional limitante de todos los derechos marcarios (Crosio 2016; Iglesias-Darriba 2015).

Por otra parte, las marcas ambientales deben ser interpretadas, además, como parte del deber constitucional de informar a los consumidores o usuarios que recae en cabeza del proveedor profesional de bienes y servicios, cuyo cumplimiento debe ser protegido por parte del estado (Ferrer de Fernández 2014). Esto es importante ya que, en el derecho argentino, el deber de informar a los consumidores acerca del riesgo ambiental (del producto o servicio) es tan amplio que se extiende -incluso- al daño incierto.

Ello surge con claridad del principio precautorio previsto en el art. 4° de la Ley N° 25.675 (30). En función de ese deber, las marcas ambientales deben precisar aún más la información que transmiten. El deber de informar en esa materia es importante porque, históricamente, en nuestra legislación, dicho deber recayó siempre sobre la posibilidad de un daño cierto. La definición inicial del principio precautorio o de precaución se adoptó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro en 1992, (31) al señalar que: "Cuando haya peligro de daño grave o 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" (ONU CEPAL 2001). Y las marcas ambientales deben cumplir estrictamente dicho mandato.

Por otra parte, la rápida proliferación de las marcas ecológicas generó la necesidad de una regulación especial a fin de proteger los derechos de los consumidores. En nuestro país, desde el año 2001 no pueden constituir marcas (32) los términos "biológico, ecológico u orgánico", "eco" o "bio" cuando se aplican a productos de origen agropecuario, tales como alimentos, fibras, o papel, entre otros (33). La regulación especial se funda en la necesidad de asegurar (y controlar) que estos signos se refieran estrictamente a productos y servicios que contienen la impronta ambiental que ellos comunican (34).

La regulación busca también que los mencionados signos mantengan su capacidad diferenciadora: deben permitir a los consumidores acceder de manera rápida y directa a los productos ecológicos que buscan. Por lo demás, su registro es regulado por la Ley N° 22.362 y su reglamentación, que rige las marcas comerciales en general. Y la Ley de Marcas, a su vez, establece expresamente la prohibición de registrar marcas engañosas, que son aquellas que pueden inducir a error al consumidor medio al momento de la elección del producto o servicio (35).

Por lo expuesto hasta aquí, es dable afirmar que en el siglo XX surge el contenido ambiental de las marcas comerciales. Dicho contenido consiste en una nueva orientación del mensaje marcario orientado ahora a la protección del ambiente como parte integrante de los bienes comunes de la humanidad y del concepto de sostenibilidad. También podemos afirmar que las marcas comerciales se han volcado a una función ambiental con el fin de mejorar su relación con los consumidores, dado que gran parte de sus propietarios se identifica con la preocupación ambiental de los consumidores. Sin embargo,

más allá de dicha identificación, es importante que los consumidores puedan detectar con facilidad ciertos signos a los que atribuye una connotación ambiental o ecológica (León 2008; Sánchez 2005). Esto es suficiente para satisfacer los requerimientos legales que podrían exigirse a aquellos signos.

Finalmente, también podemos concluir que la aparición de un nuevo tipo de consumidores (a los que podemos llamar consumidores ambientales) generó la aparición de un nuevo tipo de productores, interesados en satisfacerlos. De ahí el interés de los productores en impulsar la evolución de las marcas comerciales clásicas en signos más amigables con el ambiente (Hartmann, Javier, and Sainz 2004).

5. Conclusiones.

A partir del análisis efectuado precedentemente, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1) Desde la segunda mitad del siglo XIX las marcas comerciales cumplen una importante función jurídica y económica para los países altamente industrializados. Dichos países, por su parte fueron quienes impulsaron leyes marcarias altamente proteccionistas en las nuevas naciones de occidente. Tal es el caso de Argentina, que protege las marcas desde la propia constitución (1853) y cuya primera ley de marcas data de 1876.

2) Desde la segunda mitad del siglo XX se han sistematizado las nociones de sostenibilidad y bienes comunes, que resultan fundamentales para explicar la tendencia al uso excesivo del ambiente, y sus posibles remedios. A partir de esas nociones aparece un sector de consumidores altamente especializado, a los que llamamos en este trabajo consumidores ambientales.

3) Como consecuencia directa de la aparición de dicha categoría de consumidores las marcas comerciales se vuelcan a una función ecológica, lo que, a su vez, dio origen a signos distintivos más amigables con el ambiente. Entre ellos, resaltan las llamadas marcas verdes.

4) Desde la reforma constitucional de 1994, las marcas ecológicas tienen el deber de transmitir su mensaje ambiental ajustándose a los nuevos derechos de los consumidores previstos en los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional. Esto genera en las marcas ecológicas el deber de informar acerca del daño ambiental incierto (previsto en los tratados internacionales y la Ley N° 25.675).

5) En la Argentina, las marcas comerciales ecológicas no se encuentran legisladas de manera especial, pero la protección de los productos ecológicos impone ciertas limitaciones a los signos que pueden registrarse como marcas.

6) Finalmente, debemos resaltar que deviene necesaria una normativa específica que reconozca y regule las marcas comerciales que contienen alguna impronta ecológica, ambiental o sostenible, toda vez que estas marcas ocupan actualmente un lugar central en el derecho del consumo argentino. Esto es consonante con la ampliación del deber de informar a los consumidores y las limitaciones que estos imponen a las marcas ecológicas desde la reforma constitucional de 1994.

6. Normativa Nacional.

- Constitución Nacional, Artículos 17, 41, 42 y 43.
 - Ley N° 25.675. Ley General del Ambiente.
 - Ley N° 25.127. Producción ecológica, biológica u orgánica.
 - Ley N° 22.362. Marcas y Designaciones.
 - Decreto N° 97/01. Reglamentación de la Ley N° 25.127.
 - CCCN, Art. 240.
 - Ley N° 3975. Ley sobre marcas de fábrica, comercio y agricultura.
- Derogada.

7. Normativa Internacional.

- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de fecha 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.
- MERCOSUR/CMC/DEC. N° 26/2007. Política de Promoción y Cooperación en Producción y Consumo Sostenible en el Mercosur, de 28-06-2007. Norma incorporada por Decreto N° 1289/2010.

8. Normativa Extranjera.

- Merchandise Marks Act 1862, Gran Bretaña (Bigland 1876).
- Trade Marks Registration Act 1875, Gran Bretaña (Bigland 1876).
- Ley de Marcas Comerciales de México.

Notas al pie:

1) Abogado (-Diploma de Honor- Universidad de Buenos Aires) y Posgrado en Propiedad Industrial (Universidad de Buenos Aires), Doctor en Sociología (Universidad John F. Kennedy), Diploma en Derecho y Economía del Cambio Climático (FLACSO), Docente de Derecho Ambiental de la Universidad Nacional de José C. Paz, Agente de la Propiedad Industrial a cargo del registro de las marcas colectivas de la Argentina. Anteriormente, a cargo del Programa de Propiedad Intelectual en Argentina de la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo (IDLO). Ex becario de los Gobiernos de Francia y Malasia.

2) Existen antecedentes muy antiguos de marcas. Así, en China hay registros del año 2700 a.C. de objetos de cerámica con la doble inscripción del emperador reinante y del fabricante o el lugar de origen. Probablemente fueron los hindúes los responsables de los comienzos de la cerámica europea entre 1200-1300 a.C. Estas marcas eran a menudo simples símbolos de imagen del oficio, en lugar de designaciones personales o imperiales (Paster 1969). Este estilo de marcas siguió utilizándose durante milenios y tuvo su esplendor en la Edad Media, cuando los gremios de artesanos y comerciantes las utilizaban con el objeto de "marcar" sus productos y distinguirlos así de los de la competencia. Durante la Edad Media, los riesgos de la navegación de ultramar obligaron a los navegantes a contar con marcas de certificación diversas, por ejemplo, en materia de seguros. Entre las primeras leyes marcarias surge en Inglaterra en 1266 la norma conocida como "Bakers Marking Law", que regulaba el mercado del pan, obligando a los panaderos a poner su marca en sus productos (Schmitz Vaccaro 2013).

3) El *ius excludendi* es la aptitud del titular de la marca excluir a terceros de su uso.

4) En 1862 el parlamento británico dictó la Ley de Marcas de Mercancía (Merchandise Marks Act 1862) que sancionaba penalmente la copia de una marca ajena.

5) En 1875 se dictó una ley de registro de marcas comerciales (Trade Marks Registration Act 1875), en el ámbito de la Oficina de Patentes del Reino Unido.

6) La primera marca registrada fue de la cerveza "BASS", y estaba compuesta de manera análoga a como aparece en la actualidad: un triángulo rojo y una leyenda.

7) United States Patent and Trademark Office (-USPTO- por sus siglas en inglés).

8) La primera marca registrada era propiedad de la Averill Chemical Paint Company y estaba destinada a distinguir una pintura líquida de aquella empresa. Dicha marca lleva el número de registro 1. Al poco tiempo la mencionada ley fue declarada inconstitucional; no obstante, el hecho histórico y el tipo de marca resulta interesante a los efectos de este trabajo.

9) Fue incorporado por la Ley N° 17.011, del año 1966.

10) En México en 1889, se promulgó la Ley de Marcas de Fábricas, tenía la finalidad de proteger los productos que eran fabricados en México y así poder hacer referencia a su procedencia. En 1903, la Ley de Marcas Industriales y de Comercio, definía por primera vez el concepto de marca.

11) El Arreglo de Madrid de fecha 14 de abril de 1891, se encuentre vigente.

12) El "Reglamento y Aranceles Reales para el comercio libre de España e Indias" creó un registro de sellos y marcas de fábrica nacional destinado a evitar las falsificaciones y preveía, además, sanciones penales por falsificación de marcas (Arts. 13 y 30) (Reglamento y aranceles reales para el comercio libre de España a Indias de 12 de octubre de 1778 1778).

13) La Constitución Argentina de 1853-1860 preveía ya protección de la propiedad intelectual, si bien no mencionaba a las marcas. El Artículo 17 decía: "Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley."

14) Cabe recordar que ya en 1864 la Argentina había dictado la Ley N° 111 que regula el sistema de patentes.

15) Ley N° 22.362. Marcas y Designaciones.

16) HESPERIDINA fue registrada el 27 de octubre de 1876, bajo el número 1 del

Registro de Marcas de Argentina.

17) OMPI / WIPO. World Intellectual Property Indicators 2017 Trademarks, en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2017-chapter3.pdf.

18) El Informe Brundtland fue elaborado para las Naciones Unidas en 1987. En él aparece por primera vez el concepto desarrollo sostenible o sustentable (Brundtland et al. n.d.; Congreso and 1989 n.d.; Sneddon et al. n.d.).

19) En este trabajo los términos sostenible y sustentable son utilizados como sinónimos.

20) "The Tragedy of the Commons" (la tragedia de los (bienes) comunes) es un artículo publicado en 1968 en Science, que posteriormente se convertiría en un paradigma científico sobre la gobernanza del ambiente (Hardin 1968). Su autor pone como ejemplo los pastores que llevan sus rebaños a un valle, aumentando su número sin pensar que el valle se va agotando por el exceso de rebaños. La tragedia es lo que ocurre con el valle. Hardin propone solucionar este tema creando derechos de propiedad bien definidos donde cada pastor limita el uso de su territorio. Se le critica que no tiene en cuenta la intervención del Estado regulador y que sólo se basa en argumentos económicos.

21) Elinor Ostrom fue Premio Nobel de Economía en 2009 por su análisis de la gobernanza económica, especialmente de los recursos compartidos (Ostrom 1990).

22) El ejemplo incluye a los envases de color verde, a los cuales los consumidores asignan una gran importancia al momento del consumo dado el interés creciente por aquellos que son reciclables.

23) Lo dicho en este punto, si bien es conciso, resulta en un todo cierto.

24) C.A.F.E. (Coffee and Farmer Equity) es la denominación de la normativa desarrollada por las ONG Conservation International y Scientific Certification Systems, para la empresa Starbucks & Co., para garantizar que el café se cultive y procese de manera sostenible.

<https://www.conservation.org/partners/Pages/starbucks.aspx>.

25) Recordemos que en el sentido de Hardin el uso del ambiente tiende a deteriorarse por ser, justamente, un bien común.

26) Referido a la propiedad intelectual en general.

27) Dice el Artículo 41 de la Constitución Nacional que "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado y 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."

28) En particular, el art. 42 - 3er. párrafo y el 43 - párrafos 1° y 2° - cit., se refieren a procedimientos tendientes a implementar adecuadamente los reclamos que puedan ejercer los interesados en materia ambiental y consumerista, incluyendo aspectos organizativos (Al. Condómi 2015) (A. Condómi 2015).

29) MERCOSUR/CMC/DEC. N° 26/2007. Política de Promoción y Cooperación en Producción y Consumo Sostenible en el Mercosur, de 28-06-2007. Norma incorporada por Decreto N° 1289/2010.

30) Ley 25.675. Art. 4° - Principios de Política Ambiental: Artículo 4° - La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: (...) 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.

31) Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Rio de Janeiro en 1992.

32) Tampoco pueden formar parte de ningún conjunto marcario.

33) Decreto N° 97/01 - Art. 11 del Decreto N° 97/01 (reglamentario de la Ley N° 25.127, que regula la producción orgánica, biológica y ecológica) No podrán constituir marcas ni formar parte de ningún conjunto marcario los términos biológico, ecológico u orgánico o similares en idioma nacional o extranjero.

34) Decreto 97/01 - Art. 1° c - establece que la Secretaría de Agricultura (...) establecerá los procedimientos e instrumentos que podrán incluir la incorporación de marcas, contraseñas o firmas, que permitan la clara identificación de los productos ecológicos biológicos u orgánicos para evitar perjuicios a los consumidores e impedir la competencia desleal.

35) Ley 22.362.- Art. 3° - No pueden ser registrados: "(...) d) las marcas que sean susceptibles de inducir a error respecto de la naturaleza, propiedades, mérito, calidad, técnicas de elaboración, función, origen de

precio u otras características de los productos o servicios a distinguir; (...)"

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 29 DE JULIO DE 2019
:
Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.240, Constitución de la Nación Argentina Art.17, Constitución de la Nación Argentina Art.41, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Constitución de la Nación Argentina Art.43, Ley 3.975, Ley 22.362, LEY 25.127, LEY 25.675 Art.4, LEY 25.675, DECRETO NACIONAL 97/2001, DECRETO NACIONAL 1.289/2010*

REF. BIBLIOGRAFICAS

- Aaker, DA, and E Joachimsthaler. 2012. Brand Leadership. [https://books.google.com.ar/books?hl=en&lr=&id=Jha-ykJWgDUC&oi=fnd&pg=PT9&dq=Aaker,+D.+A.+%26+Joachimsthaler,+E.+\(2000\).+Brand+Leadership.+New+York:+The+Free+Press.&ots=yENTFWabQY&sig=UD0dfcCDry9QhNRkhuoK1f4xe-E \(March 27, 2018\).](https://books.google.com.ar/books?hl=en&lr=&id=Jha-ykJWgDUC&oi=fnd&pg=PT9&dq=Aaker,+D.+A.+%26+Joachimsthaler,+E.+(2000).+Brand+Leadership.+New+York:+The+Free+Press.&ots=yENTFWabQY&sig=UD0dfcCDry9QhNRkhuoK1f4xe-E (March 27, 2018).)
- Bigland, John. 1876. The Law of Trade Marks: Including the Merchandise Marks Act, 1862, and the Trade Marks Act, 1875. ed. London?: Stevens and Sons. California Digital Library. <https://archive.org/details/lawoftrademarksi00woodiala/page/xiv>.
- Brundtland, GH et al. "Our Common Future." books.google.com. [https://books.google.com.ar/books?hl=en&lr=&id=3lRtBQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA29&dq=brundtland&ots=QRR7zdIKgJ&sig=Oe9CeGwhPh9dfAAOfCfdn5TF_2A \(July 18, 2019\).](https://books.google.com.ar/books?hl=en&lr=&id=3lRtBQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA29&dq=brundtland&ots=QRR7zdIKgJ&sig=Oe9CeGwhPh9dfAAOfCfdn5TF_2A (July 18, 2019).)
- Cafferatta, Néstor. 2015. "El Derecho Ambiental En El Código Civil y Comercial de La Nación." Thomson, 8 La Ley. [http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina388.pdf \(March 31, 2018\).](http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina388.pdf (March 31, 2018).)
- Chasser, Anne H. 2003. "A Historical Perspective: The International Trademark Association and the United States Patent and Trademark Office." The Trademark Reporter INTA 93: 31. [https://www.inta.org/TMR/Documents/Volume_93/vol193_no1_a2.pdf \(July 18, 2019\).](https://www.inta.org/TMR/Documents/Volume_93/vol193_no1_a2.pdf (July 18, 2019).)
- Condomí, Alfredo. 2015. "El Régimen de Defensa Del Consumidor a Partir de La Vigencia de La Ley Aprobatoria Del Nuevo Código Civil y Comercial de La Nación." Saij. <http://www.infojus.gob.ar/alfredo-mario-condomi-regimen-defensa-consumidor-partir-vigencia-ley-aprobatoria-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-dacf150334-2015-04-28/123456789-0abc-defg4330-5lfcanirtcod>.
- Condomí, ALfredo. 2015. "Primeros Pasos En El Derecho Del Consumo. Duodécima Parte. La Relación Enre Los ARTs. 41, 42 y 43 de Ls Constitución Nacional." SAIJ. <http://www.saij.gob.ar/alfredo-mario-condomi-primeros-pasos-derecho-consumo-duodecima-parte-nexo-entre-arts-41-42-43-constitucion-nacional-dacf150681-2015-06-10/123456789-0abc-defgl860-5lfcanirtcod>.
- Congreso, GH Brundtland - Ponencias y comunicaciones:, and undefined 1989. "Nuestro Futuro Común." dialnet.unirioja.es. [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3261933 \(July 18, 2019\).](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3261933 (July 18, 2019).)
- Cresto, J.J. 2004. 140 Años de Registros Del Progreso?: Marcas y Patentes. ed. Jorge Rossi Casa Editorial. Buenos Aires.
- Crosio, Amílcar. 2016. "Los Consumidores y Usuarios: Los Nuevos Actores Del Siglo XXI." Saij. http://www.infojus.gob.ar/consumidores-usuarios-nuevos-actores-siglo-xxi-relaci%0Aones-consumo-consumidores-usuarios-nuevos-actores-siglo-xxi-nv10958-2015-04-14/1_23456789-0abc-859-0ltilpssedadevon.
- Diamond, Sidney. 1983. "The Historical Development of Trademarks." The Trademark Reporter. [https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/thetmr73§ion=29 \(July 7, 2019\).](https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/thetmr73§ion=29 (July 7, 2019).)
- Duguid, Paul, Teresa de Silva Lopes, John Mercer. 2010. Reading Registrations: An Overview of 100 Years of Trademark Registrations in France, the United Kingdom, and the United States. ed. Taylor Francis. [https://www.taylorfrancis.com/books/e/9780203861981/chapters/10.4324/9780203861981-9 \(July 8, 2019\).](https://www.taylorfrancis.com/books/e/9780203861981/chapters/10.4324/9780203861981-9 (July 8, 2019).)
- Duguid, P. 2009. "French Connections: The International Propagation of Trademarks in the Nineteenth Century." Enterprise & Society, 10(1), 3-37. doi:10.1017.

Ferrer de Fernández, Esther. 2014. "Título: El Artículo 42 de La Constitución Nacional Veinte Años Después y a Propósito de La Reciente Sanción Del Código Civil y Comercial." Thomson Reuters. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/pacem/pdf/ferrer-de-fernandez-el-articulo-42-de-la-constitucion-nacional.pdf> (July 14, 2019).

-González, JPS. 1995. "Propiedad Industrial y Revolución Liberal: Historia Del Sistema Español de Patentes (1759-1929)." <https://books.google.com.ar/books?hl=es&lr=&id=S1eAM2QXeyQC&oi=fnd&pg=PA85&dq=marcas+revolucion+industrial&ots=7PheICsY1F&sig=T4ysY05sjuPW1a1J56iiOfpLQRc> (July 19, 2019).

-Hardin, Garrett. 1968. "The Tragedy of the Commons." *Science* 162: 1243-48.

-Hartmann, Patrick, F Javier, and Forcada Sainz. 2004. 4 Superando Los Límites Medioambientales de La Empresa: Un Estudio Experimental Del Efecto Del Posicionamiento Ecológico En La Actitud Hacia La Marca 1. <https://www.redalyc.org/pdf/2743/274321243005.pdf> (July 11, 2019).

-Higgins, DM. 2012. "'Forgotten Heroes and Forgotten Issues': Business and Trademark History during the Nineteenth Century." *Business History Review* (2012) 86(2) 261-285. <https://www.cambridge.org/core/journals/business-history-review/article/forgotten-heroes-and-forgotten-issues-business-and-trademark-history-during-the-nineteenth-century/4612F93266E5B5B336F81A08EA87FB38> (July 7, 2019).

-Iglesias-Darriba, Claudio. 2015. "Los Nuevos Derechos Del Consumidor: Un Límite a Los Derechos de Marcas y Patentes." *SAIJ*. <https://urlzs.com/ZXQod>.

-Iglesias-Darriba, Claudio. 2018. "Marcas Sustentables, Etiquetas Ecológicas y Consumidores: Su Interacción En Derecho Argentino Actual." *SAIJ*. <https://cutt.ly/YALh4y>.

-Joaquim, Severino, Nunes Pereira, and Ebape / Fgv. 2004. "ATITUDES RELATIVAS A MARCAS E ARGUMENTOS ECOLÓGICOS: UM ESTUDO EXPERIMENTAL Eduardo André Teixeira Ayrosa." 2(2). www.gestao.org.dca.ufpe.br (July 11, 2019).

-Khan, B. Zorina, and Kenneth L Sokoloff. 2001. "History Lessons: The Early Development of Intellectual Property Institutions in the United States." *Journal of Economic Perspectives* 15(3): 233-46. <http://pubs.aeaweb.org/doi/10.1257/jep.15.3.233> (July 7, 2019).

-León, F. 2008. "La Percepción de La Responsabilidad Social Empresarial Por Parte Del Consumidor." *RAE - Revista de Administração de Empresas Fundação Getulio Vargas*. <https://www.redalyc.org/pdf/4655/465545878013.pdf> (July 13, 2019).

-McClure, DM. 1996. "Trademarks and Competition: The Recent History." *Law and Contemporary Problems* (2006) 59(2) 13. https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/lcp59§ion=20 (July 7, 2019).

-OEPM. "OEPM - UAM." http://historico.oepm.es/archivo_historico.php (July 19, 2019).

-ONU CEPAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura. 2001. "El Principio Precautorio En El Derecho y La Política Internacional | Publicación | Comisión Económica Para América Latina y El Caribe." *Series de la CEPAL, Recursos Naturales y Desarrollo*. www.cepal.org/es/publicaciones/6377-principio-precautorio-derecho-la-politica-internacional.

-Ostrom, Elinor. 1990. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge University Press.

-Paster, Benjamin. 1969. "Trademarks - Their Early History." *Trademark Reporter* 59: 551-72. https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/thetmr59§ion=92 (July 7, 2019).

-Reglamento y Aranceles Reales Para El Comercio Libre de España a Indias de 12 de Octubre de 1778. 1778. *SRLF_UCLA*. <https://archive.org/details/reglamentoyaranc00spai/page/n21>.

-Sánchez, MR. 2005. "La Responsabilidad Social Empresarial y Los Consumidores." *CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa* 53: 97-109. <https://www.redalyc.org/pdf/174/17405308.pdf> (July 13, 2019).

-Schechter, Frank I. (Frank Isaac). 2002. *The Historical Foundations of the Law Relating to Trade-Marks*. Lawbook Exchange. https://www.google.com/search?q=historical+foundations+of+the+law+relating+to+trademarks&rlz=1C1CHBF_en-GBGB788GB788&oq=historical+foundations+of+the+law++relating+to+trademarks&aqs=chrome..69i57j0.14944j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8 (July 9, 2019).

-Schmitz Vaccaro, C. 2013. "Evolución de La Regulación Internacional de La Propiedad Intelectual." *La Propiedad Inmaterial* (17): 63-92.

-Sneddon, C, RB Howarth, RB Norgaard - Ecological economics, and undefined
2006. "Sustainable Development in a Post-Brundtland World." Elsevier.
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921800905002053> (July 18,
2019).

La creación de expectativas. Un nuevo factor atributivo de responsabilidad

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 1 DE AGOSTO DE 2019

TEMA

RELACION DE CONSUMO-INFORMACION AL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMAR-PUBLICIDAD INDUCTIVA-RESPONSABILIDAD CIVIL-RESPONSABILIDAD OBJETIVA-FACTORES ATRIBUTIVOS DE RESPONSABILIDAD-EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

TEXTO

a.- El consumismo de las sociedades de consumo.

La comercialización masiva de bienes y servicios (ByS) tiene características especiales a partir de las cuales se organiza la sociedad de consumo. Este tipo de organización, a pesar de ser ampliamente difundida en todo el mundo, es traumática para el sujeto porque está pensada para satisfacer las aspiraciones del mercado y las corporaciones dominantes antes que la dicha de los individuos.

Michael Sandel (Ciencias Políticas - Universidad de Harvard), entre muchos otros autores, advierte que vivimos una época exageradamente consumista donde todo puede comprarse y venderse siendo inexplicable cómo se llegó a esta situación donde los mercados dominan, casi sin resistencia, al sujeto: hemos pasado, involuntariamente, reflexiona Sandel, de una economía de mercado a una sociedad que se organiza imagen del mercado (1). Coincidimos en este primer análisis del autor: en la sociedad de consumo moderno tienen más chances de prosperar las empresas que de ser felices los individuos que demandan sus productos ((demandan sus productos?).

Esta situación, que describe un mercado dominante y un sujeto sumiso, fue explicada por Atilio Alterini en un brillante artículo denominado El consumidor en la sociedad posmoderna (Thompson Reuters, 2001). Ya por entonces, Alterini nos advertía que el consumo es inducido por el mercado y no por la voluntad del sujeto. En crudo; estos y otros autores ponen en el tapete un fenómeno que debemos conocer si queremos controlarlo, aunque sea, parcialmente: se consume por oferta de ByS y no por su demanda. Esto, desafortunadamente, equivale a decir que no prevalece la necesidad insatisfecha del consumidor, sino la rentabilidad insaciable de los productores que inundan el mercado de cosas que nadie necesita ni ha requerido.

El consumo por oferta es una de las principales características de la sociedad de consumo (2). Es también una de las cuestiones más distorsivas del mercado. Como dice Sandel: La intromisión de los mercados, y del pensamiento orientado a los mercados, en aspectos de la vida tradicionalmente regidos por las normas no mercantiles es uno de los hechos más significativos de nuestro tiempo (3).

Otro de los juristas que se ocupó de estos temas fue Ricardo Lorenzetti. Este autor, unos años atrás, señalaba que la comercialización actual tiene características especiales se fueron acentuado con el correr del tiempo y que no parecen que vaya a retroceder en el futuro. Veamos algunas de ellas:

Publicidad. Es imposible hablar de sociedad de consumo sin poner la mirada en el intrincado y millonario universo de las publicidades. La publicidad, metafóricamente y no tanto, es la causa fuente de todas las relaciones de consumo porque es uno de los principales motivos (quizás sea el único) por el cual una persona decide que necesita comprar un producto. Lo más probable es que sin la intervención publicitaria ese sujeto jamás hubiera imaginado que necesitaba cambiar, una vez más, el teléfono celular que tanto le gusta y que apenas está aprendiendo a usar.

La principal característica de la publicidad es que ella genera una relación

directa entre unos pocos productores de ByS y millones de consumidores. Es, como explica Lorenzetti, una relación entrelazada por controles remotos y teclas de enter (4).

La publicidad, según el desarrollo que nos interesa proponer en este trabajo, es el primer eslabón en la creación de expectativas como factor atributivo de responsabilidad. Nuevamente nos inspira Alterini cuando dice que la publicidad es aún más importante que el producto publicitado. Lo que se percibe no son las calidades intrínsecas del producto, sino las imágenes asociadas a ese producto. La calidad, dice el citado autor, 'no reside en lo que el producto es, sino en lo que hace y sugiere la publicidad'(5).

Sistemas comerciales complejos. La segunda característica de los sistemas comerciales actuales es la complejidad de su armado. El consumo de nuestros días hace bastante tiempo que dejó de ser un paseo por la tienda donde solíamos ir a ver, e incluso tocar el producto deseado. Por entonces, la tentación del consumo se activaba recién cuando veíamos el producto en una vidriera que parecía esperarnos.

Los sistemas comerciales modernos son un poco más complejos. En primer lugar, es habitual que compremos a ciegas sin ver ni tocar ni probar el producto que vamos a comprar. Ya ni siquiera debemos apretar una tecla de la computadora; alcanza con deslizar el dedo índice por la pantalla de un teléfono que muy pocas veces usamos para hablar por teléfono.

En efecto; todo se compra online y utilizando, cada vez más, dispositivos móviles que fueron desplazando a la tradicional y un poco vetusta computadora de escritorio. Esa tendencia se incrementa año tras año. Esos sistemas comerciales, remotos y hasta un poco misteriosos para el común de la gente tienen una asombrosa difusión popular. Como dice, muy acertadamente, Lorenzetti, es un sistema complejo que, al mismo tiempo, genera confianza (6).

Todos sabemos que la comercialización online dentro de poco va a dominar completamente el tráfico de bienes y servicios. Según datos estadísticos confiables, realizados en el año 2018, el 98% de los usuarios de sistemas de compras on-line están conformes, satisfechos con el sistema, lo que permite concluir que confían en ese sistema comercial tan experto, como complejo y remoto (7).

Generación de confianza. Una tercera característica de la modernidad comercial es, como dice Lorenzetti, que estos sistemas comerciales complejos buscan, antes que vender el producto, generar confianza en la calidad y en su seguridad.

Esa confianza es esencial y, como señala el citado autor, actúa como el lubricante del sistema comercial (8). Ello explica que el mayor esfuerzo de las campañas publicitarias apunte a crear una apariencia de seguridad con entidad suficiente para crear confianza en el usuario.

No es arriesgado sostener, en coincidencia con Lorenzetti, que la comercialización actual no se define por el intercambio de bienes y servicios, sino por la creación de una apariencia de seguridad y la confianza tributada a esa ilusión (9). Dicho en otras palabras: entre apariencias sofisticadas y confianzas ingenuas circulan millones de dólares por segundo (10).

Es por eso que pensamos en la necesidad de ensanchar el universo de la responsabilidad y extenderlo a la creación o, mejor dicho, hacia la defraudación de expectativas. Es justo reconocer que fue Lorenzetti uno de los primeros juristas en apuntar para ese lado cuando, al referirse a las apariencias y las confianzas, señalaba que: Estos instrumentos tiene importancia decisiva a la hora de la formación del consentimiento contractual, en materia de responsabilidad por daños y en el plano de la jurisdicción aplicable (11).

b.- La generación de expectativas.

La introducción que hicimos sirve para poner al descubierto el verdadero

problema de las relaciones de consumo que no es, según nuestro pensamiento, el suministro de la información, sino la creación de expectativas optimistas y su posterior defraudación. Todos los estudios que examinamos confirman que un número muy cercano al cero lee los contratos de adhesión que suscribe (12).

Este dato estadístico, que se repite en todos los países que consultamos, nos permite adelantar una conclusión que creemos bastante precisa, aunque quizás sea exageradamente universal:

Ninguna persona lee nunca, en ningún lugar del mundo, ninguno de los contratos que firma continuamente.

Una vez hecha esta presentación sin atenuantes, le pido al lector que me acompañe con un recuerdo que seguramente compartimos. Pensemos en una maestra de tercer grado que, al explicarnos las reglas de la multiplicación, recita con infinita paciencia: cero por toda la cantidad es igual a cero. Ella nos quería decir que cualquier número que se multiplique por cero dará como resultado cero porque la repetición acumulativa de ceros no hace más que sumar vacío al vacío o agregar nada a la nada misma.

Lo mismo ocurre con la información que nos brindan y la no lectura de los contratos que firmamos. Por más que se derroche información la no lectura del contrato la anula como el número lleno de cifras se esteriliza cuando se lo multiplica por cero. Se informa mucho y no se lee nada. Esta ecuación tiene el mismo resultado en las ciencias sociales que en las matemáticas: todos seguimos desinformados y los proveedores siguen impunes frente a su obligación de informar.

Estos datos estadísticos son inmodificables; es decir, la única modificación esperable es su acentuación. Nadie espera que los contratos vuelvan a leerse como se leían hace cien años, si es que en verdad se leían por entonces ((quién puede saber si alguna vez se leyeron los contratos?). Nosotros dudamos de esa aseveración inverificable.

Ahora bien, lo cierto es que esta situación, que ya no puede disimularse, nos obliga a pensar en modelos de responsabilidad que funcionen asumiendo que una de las partes no leyó y nunca va a leer el contrato que se obliga a cumplir.

Debemos ser conscientes que informar es mucho más que hacer un manual de instrucciones o colocar leyendas admonitorias en un frasco de mermelada o en un remedio que mágicamente cura la gripe. Ello, desde luego, no quiere decir que propongamos evitar esas advertencias, sino llenarlas de contenido y hacerlas más reales.

Se informa mediante imágenes y contextos. Veamos un ejemplo. Quien decide comenzar a jugar al tenis y va a la tienda a comprar una raqueta, lo primero que ve es un afiche gigante de Roger Federer empuñando una raqueta igual a la que acaba de decidir que va a comprar. La foto que sigue viendo, sin ver las raquetas reales que hay en el negocio, tiene una leyenda que, más o menos dice: Para llegar a jugar como Roger se requiere entrenar durante 8 horas diarias desde los 6 años y perder la infancia en ese objetivo improbable y bastante sombrío. Comprar esta raqueta, naturalmente, no garantiza el triunfo en los grandes torneos, ni obliga a los fabricantes por su fracaso rotundo como tenista.

El cliente sin leer la leyenda o leyéndola pero sin entenderla, se imagina a sí mismo levantando el trofeo mayor de Wimbledon mientras saca de su billetera una de sus tarjetas de crédito y compra, en tiempo record, la raqueta de sus sueños o, mejor dicho, de sus ensoñaciones. Es evidente que la gigantografía, del ya de por sí gigante Roger Federer, tiene más influencia sobre el comprador de la raqueta que la leyenda con indicaciones más prudentes sobre sus cualidades reales.

La cuestión no es menor porque, más allá de la presentación humorística, lo cierto es que entre la foto de Federer y el adquirente de la raqueta se ha creado un contexto que determina un grado de causalidad entre ese instrumento y el éxito tenístico. Más aún: se ha creado confianza en esa trama causal que vincula a la raqueta con el éxito tenístico. Como dice Dan Ariely, ese

contexto artificial es el que engendra expectativas favorables; una vez que se ha creado el escenario causal está listo el camino para que el adquirente pague un precio, también gigante, por la raqueta que, mágicamente, lo convertirá en campeón de Wimbledon (13).

En una palabra, amigo lector: compramos, y pagamos precios inverosímiles, relatos contextuales más o menos bien hechos.

Ariely habla de la creación de contextos que determinan los gustos y las preferencias que tenemos hacia las cosas. Este pensador explica, con mucha claridad, que: Permítame empezar con una observación fundamental: la mayoría de la gente no sabe lo que quiere si no lo ve en su contexto. No sabemos qué clase de bicicleta de carrera queremos hasta que vemos a un campeón del tour de Francia haciendo mover los engranajes de un determinado modelo (14).

En nuestro ejemplo de la foto de Federer, la imagen del sonriente campeón es indispensable para crear una situación escénica cuya única finalidad es desplazar, o directamente anular, cualquier información racional que advierta las incongruencias contextuales entre el relato y lo real. La expectativa ya está creada. Misión cumplida para el fabricante de raquetas. Ahora comienza el lento e inevitable camino de la frustración del adquirente que, quizás, pase sus días trabajando en tribunales y sólo puede ver algunos partidos de Wimbledon por cable, si sus hijos o su esposa no tienen en la mano el ansiado control remoto. (O viceversa, para evitar confusiones de género).

c.- El delicioso arte de no cumplir la ley sin caer en la antijuridicidad. Hablando de apariencias y paradojas, es necesario entender que existe una forma muy extendida de antijuridicidad que se concreta, por más que parezca extravagante, mediante una conducta irreprochable. La paradoja consiste en violar la ley, pero sin cometer ninguna conducta antijurídica. Veamos esta cuestión un poco más detenidamente.

El sujeto que sabe que la información que ofrece será neutralizada por la indiferencia de quien debe recibirla, sabe, en definitiva, que no está informando nada. Pues bien; ese informar a sabiendas que no se informa es tan antijurídico como la omisión de informar.

Esa conducta bien podría ser considerada un fraude a la ley en los términos del art. 12 del CCyC porque implica que alguien simula estar cumpliendo la obligación de informar cuando su finalidad es, en verdad, la opuesta. Es decir, utiliza una apariencia legal para violar la ley (15).

Por otra parte, hacer algo sabiendo que su resultado será, en el mejor de los casos, superfluo, cuando no perjudicial, nos lleva directamente al art. 1724 del CCyC. Esta clase de conducta puede ser vista como una de las formas que asume el dolo. Es que, como dice la citada norma, el dolo ...se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. Ese informar sabiendo que no se informa encuadra en la manifiesta indiferencia aludida en la parte final del art. 1724 (16).

Los proveedores en general, y en particular los que lideran el mercado, saben que muchas veces informan para aparentar que informan lo que saben que no están informando. Por más que en las cajas pongan etiquetas con leyendas que adviertan consecuencias catastróficas saben que raramente sean leídas porque, al igual que en el ejemplo de la foto del tenista, los clientes están dominados por un optimismo impulsivo que los lleva a rechazar cualquier información razonable.

Este optimismo irracional e impulsivo, que algunos estudiosos denominan 'tentación', es prácticamente imposible de controlar mediante informaciones que traten de atenuarlo. Una vez que fuimos empujados a los abismos de las tentaciones no hay información que pueda detener el impulso. Como solía decir el inimitable Oscar Wilde: can resiste everything except temptation (Puedo resistir todo menos las tentaciones).

Richard Thaler (Premio Nobel de economía 2017) estudió estos impulsos no racionales y concluyó que: Los problemas de autocontrol combinados con la decisión irreflexiva tienen malas consecuencias para la gente real. Millones de personas todavía fuman a pesar de que está demostrado que fumar tiene

consecuencias terribles para la salud y, lo que es más significativo, la gran mayoría de los fumadores afirma que les gustaría dejarlo. Casi dos tercios de los estadounidenses tiene sobrepeso o están obesos. Muchas personas nunca llegarán a suscribir el plan de pensiones de su empresa, aunque cuenten con importantes ayudas (17) .

No se trata de informar a destajo, sino de analizar los aspectos más importantes de la estructura psíquica de los sujetos y de saber que la conducta impulsiva prevalece sobre la reflexiva.

El inconsciente, del que poco se habla en nuestras escuelas de derecho, tiene sobre nuestra conducta mucha más preponderancia que la que estamos dispuestos a aceptar, como si asumir esa influencia nos quitara libertad de acción y diezmará nuestra voluntad. En verdad, suceden ambas cosas: nuestra voluntad y nuestra libertad están limitadas por fuertes tendencias inconscientes que, afortunadamente, no podemos controlar. Empero, negar o subestimar la importancia del inconsciente nos hace todavía menos libres y más fáciles de manipular.

Algo de eso nos explica John Bargh, distinguido psicólogo, investigador y profesor de Yale (18).. En sumario; la tentación ejerce sobre el deseo una fuerza que domina fácilmente a los pensamientos más reflexivos y moderados. Este desequilibrio manifiesto entre el impulso y la reflexión es un secreto a gritos entre los que estudian la conducta humana (19). Solamente parecen ignorarlo nuestros juristas y legisladores.

No deja de asombrarnos que en las escuelas de derecho se estudie con tanto ahínco las normas jurídicas, que no presentan dilemas dificultosos, y no se investigue nada acerca de la estructura emocional de los sujetos.

Pero volvamos al punto referido a las conductas que son, al mismo tiempo, irreprochables y antijurídicas. Matilde Zavala de González se refiere a estas situaciones (antijuridicidad difusa) que describen conductas que parecen jurídicas pero que provocan daños (20). Pizarro y Vallespinos al analizar la última parte del art. 1724 del CCyC señalan que: A diferencia del art. 1072 del código civil derogado, no se requiere intención de dañar. Basta para su configuración que el daño se cause de manera intencional... o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos...Es suficiente, a tal fin, con que el sujeto se represente internamente el resultado necesariamente ligado al efecto querido, ... o proceda de igual modo con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (21).

En definitiva, no es tan complejo imaginar que gran parte de las empresas que lideran los mercados elaboran campañas publicitarias cuya finalidad primaria es no informar, pero simulando que se suministra información precisa, clara y detallada.

Por supuesto que esta situación es aceptada mansamente por una doctrina nacional un poco anquilosada y un poder judicial que está muy lejos de poder asumir una agenda acorde al siglo XXI. Argentina atrasa sin remedio. Nosotros pensamos que el deber informar, tal como está pensado en nuestras leyes, es una vía rápida para la repetición de los daños y un pasaporte para la impunidad de los proveedores.

d.- El fabuloso negocio del optimismo. Todo lo que hemos descripto en los puntos que anteceden es conocido por las compañías que comercializan masivamente los bienes y servicios que diariamente consumimos. Y lo saben porque son ellas quienes 'fabrican' y, en simultáneo, defraudan esas ilusiones con publicidades que imponen modas y decretan obsolescencias.

Las publicidades, diseñadas con la precisión del quirófano, generan expectativas exageradamente optimistas porque se sabe que las ilusiones del optimismo aumentan las ventas; del mismo modo que también es sabido que los productos que ofrecen no pueden alcanzar esas expectativas. En el medio de este juego de ilusiones y desengaños hay un negocio enorme que consiste en recibir el precio de las expectativas exageradas y ofrecer productos de calidad atenuada. Se paga mucho por lo que vale poco. Ese es el precio que el derecho le impone a la sociedad cuando hace leyes que ignoran cómo funciona

el inconsciente humano.

El producto que está en la vidriera de un negocio, al igual que las imágenes de los sueños que nos confortan durante el descanso, siempre brilla más que las opacidades de lo real. Podrá decirse que así es la vida, y que la realidad siempre apaga las expectativas, pero ello no implica que no intentemos mejorar la teoría general del acto jurídico y del contrato y, finalmente, actualizar un poco la teoría de la responsabilidad.

Para nosotros, todavía es misterioso determinar si estas cosas que describimos son ignoradas o si esa ingenuidad no esconde, en verdad, un cinismo profundo de nuestros doctrinarios y legisladores.

e.- Un nuevo factor objetivo de atribución de responsabilidad.

(1) Presentación. Para enfocar correctamente este nuevo tópico que vamos a desarrollar, es necesario insistir en que el problema no está en el contenido de la información, sino en el excesivo optimismo que tenemos para interpretarla. Esas tendencias complacientes hacen que se rechace cualquier consejo que achate el nivel de las expectativas. Dicho en otras palabras: no estamos dispuestos a aceptar que nos muestren las limitaciones que tienen las cosas que deseamos. Por el contrario, nuestros anhelos hacen que aceptemos cándidamente cualquier sugerencia que confirme, y aun aumente, nuestras ilusiones.

Atilio Alterini, describe a la mercadotecnia como la técnica que estudia el comportamiento de los consumidores, diseñando perfiles determinados que son segmentados según las edades, los sexos, las clases sociales, los niveles económicos, los entornos geográficos, etc.(22).

El optimismo natural del ser humano (que ojalá nunca se pierda) sumado a los esfuerzos de la mercadotecnia nos hace más vulnerables a la sugestión las marcas más conocidas. La finalidad no es otra que aumentar la confianza a niveles irracionales. Alterini, ofrece un notable ejemplo que describe la manipulación del comportamiento. Allí explica el motivo por el cual el logo corporativo de la hamburguesería Mac Donalds, tiene dos grandes arcos que representan el seno materno que alimenta. Se intenta, con gran éxito, asociar la actividad de ir a comer junk food (comita chatarra) con el alimento más sano que se conoce. Es un emblemático ejemplo de cómo se puede operar sobre el inconsciente para lograr resultados que parecen puramente voluntarios (23).

Dan Ariely, con otro experimento, muestra cómo funcionan las expectativas lo fácil que resulta crearlas. El ensayo consistió en ofrecer una taza de café gratis a algunos estudiantes que concurren a una de las tantas cafeterías universitarias que se desparraman por todo el mundo. Se invitaba a los estudiantes a probar un café y se les ofrecía agregarle algunos condimentos poco habituales para mezclar con café (por ejemplo, cáscara de naranjas y otros ingredientes poco usuales). Como era de esperarse, la mayoría de los estudiantes rechazaban la oferta de agregarle condimentos 'raros' al café y optaban por el tradicional sobrecito de azúcar o leche en polvo o crema. En una segunda etapa de la prueba se ofrecía probar el café con los ingredientes, pero, en este caso, el café exótico ya estaba servido en jarros de porcelana más elegante.

Estimado lector, si te gusta el café tanto como a nosotros puedes estar tranquilo porque el ensayo no cambió su proceso manufacturero. Sin embargo, tuvo resultados sorprendentes: (a) la mayoría de las personas no rechazó la invitación, sino que aceptó probar el exótico café servido en tazas elegantes; (b) un número importante de catadores manifestó que ese café, combinado con sabores infrecuentes, era más sabroso que el tradicional; (c) muchos participantes aceptaron que pagarían un precio más elevado por el café sofisticado (24).

En eso consiste la sugestión: en lograr que, alterando algunas situaciones contextuales, prefiramos un café azucarado con orina de conejo al tradicional que hace años tomamos todas las mañanas. Lo importante de este experimento, del cual existen miles de versiones y modalidades, es entender que nos pueden

hacer cambiar 'repentinamente y espontáneamente' nuestra preferencia por el café que tomamos, la ropa que usamos, el teléfono celular que acabamos de comprar, el presidente que vamos a elegir, y, por qué no, del objeto de amor, subjetivado a puro egocentrismo, que nos ilusiona o desespera en lentas noches de insomnio.

Esta prueba de laboratorio pone en evidencia, principalmente, que nuestras decisiones de consumo no cambian por demandas propias, sino por la creación de contextos más lujosos que el real. Un ejército de expertos en comportamiento humano vive haciendo manipulaciones, más o menos evidentes y más o menos legales, sobre esos contextos para determinar nuestras formas de consumo. Como bien decía Alterini: A través de la publicidad los comerciantes, en la actualidad, se encuentran virtualmente, en condiciones de dictarnos los alimentos que comemos, los refrescos o cervezas que bebemos, los cigarrillos que fumamos, los coches que conducimos e, incluso, el presidente que elegimos.

Todos estos estudios de campo muestran, desde hace aproximadamente medio siglo, la necesidad de que la ciencia jurídica se ocupe más de la psiquis humana. Hemos perdido demasiado tiempo y recursos hablando del deber de información sin estudiar la estructura de la personalidad humana. Cada vez estamos más convencidos de que solo estudiando los procesos inconscientes se traerá algo de luz acerca de cómo debe suministrarse la información para que sea útil y cumpla realmente su finalidad.

Ariely, nos ofrece un maravilloso libro repleto de experimentos, entre graciosos y sorprendentes, pero de rigor científico inobjetable. Ellas nos deben ayudar a entender que la capacidad racional del sujeto, a la que tanta importancia le asignábamos, quizás sea el talento menos preponderante de la personalidad (25).

Es imprescindible empezar a advertir que NO somos tan racionales como lo sugiere el art. 260 del CCyC. La constante apelación a la parte más racional del individuo es una de las principales causas de la preocupante disociación que notamos entre las normas jurídicas, aun las más recientes, y el comportamiento humano. Está comprobado que no realizamos, con pleno discernimiento, intención y libertad, casi ningún acto de la vida que nos tocó vivir. Como dice Ariely; somos previsiblemente irracionales y quien regule nuestras conductas debe conocer estos aspectos del ser humano (26). Sin embargo, es imposible conocer la verdadera naturaleza humana si no le echamos un vistazo muy cuidadoso a la actividad inconsciente; es decir, a lo que ocurre más allá de nuestra voluntad. Como bien dice John Bargh: No podemos conocer nuestro ser completo sin conocer la parte inconsciente y entender cómo da forma a nuestros sentimientos, creencias, decisiones y actos. El inconsciente está constantemente guiando nuestra conducta... por más que creamos lo contrario (27).

Daniel Kahneman (1934, Premio Nobel de economía 2002) en su libro Pensar rápido, pensar despacio, describe al optimismo (las expectativas favorables) como uno de los motores del capitalismo. Y también, agregamos nosotros, como una fuente directa de manipulación del pensamiento (28).

Ese optimismo irracional es el que nos hace pensar que los productos que compramos son mejores de lo que realmente son. Las decisiones, que nosotros pensamos como procesos puramente racionales, están subordinadas a un mundo inconsciente que el Derecho no puede seguir ignorando.

La información más útil para el consumidor permanece oculta porque, para estar realmente informado, se requiere, en primer término, achatar las expectativas y el optimismo individual.

La obligación de informar no debe limitarse a informar, sino a llevar adelante acciones eficaces tendientes a equilibrar las expectativas. Sin embargo, a la vista de todos, se hace lo contrario. Se informa, en un incomprensible manual, que el reloj es apenas resistente a unas gotas de agua mientras una foto muestra a un buceador profesional acariciando tiburones hambrientos en el mar del Caribe. El buzo, por supuesto, usa el mismo reloj que acabamos de comprar por unos cuantos dólares.

2) La responsabilidad por la creación de expectativas.

Las consideraciones examinadas nos llevan a interrogarnos si es posible, dentro de un ordenamiento jurídico como el nuestro, y conveniente, dado el actual desarrollo de la comercialización de ByS, atribuir responsabilidad por la creación de expectativas exageradas.

Pensamos que sí; es factible la creación de un nuevo factor objetivo de atribución de responsabilidad (FOA) que se ponga en marcha cuando las expectativas creadas resultan ser fraudulentas, entendidas como tales, aquellas que generan un optimismo excesivo frente a las prestaciones reales que puede ofrecer el producto o servicio.

Este pensamiento no peca por exceso de originalidad porque, si se piensa bien, la creación de expectativas falsas no es más que una forma particular de la mala fe. Es decir que, aun aplicando la normativa vigente, sería atendible un reclamo judicial por daños y perjuicios.

El problema es que, en ese caso, el factor atributivo de responsabilidad sería subjetivo por aplicación del art. 1724 del CCyC. Al mismo resultado se llegaría por aplicación del art. 1721 del CCyC, norma que, inexplicablemente, establece un sistema de clausura por la responsabilidad subjetiva. Esta contradicción sistémica nos mereció fuertes críticas que formulamos oportunamente(29).

Pero, volviendo a la hipótesis que estamos analizando, la falsa expectativa sería equiparable al obrar con dolo, tanto por ser evidente la deliberada intención de su creación como así también por el desinterés demostrado frente a los eventuales daños. En resumidas cuentas, la creación de expectativas apócrifas describe una burla a la buena fe que se concreta mediante un accionar doloso.

En ese orden, no está de más recordar que algunos autores, como los Alterini, proponen que la mala fe (en sentido lato) sea considerada como un factor subjetivo de atribución que conviva con los otros previstos en el art. 1724 del CCyC.(30). Así, por aplicación de las reglas clásicas, quien invoque que se ha perjudicado por falsas expectativas deberá probar la mala fe (dolo) en la creación de esas ilusiones.

Es obvio que esta carga probatoria sería muy difícil, sino imposible, de alcanzar por la víctima, dejando el saldo que todos conocemos: la impunidad del agente creador de falacias.

Para nosotros, la creación de expectativas falsas es, efectivamente, una manifestación de mala fe. Empero, disintimos con quienes consideran que la responsabilidad por los daños que ellas puedan ocasionar deba seguir las pautas de la responsabilidad subjetiva; por el contrario, propiciamos que en tales supuestos la responsabilidad sea objetiva. Es que, en definitiva, consideramos que no hay obstáculos legales para tratar a la creación de falsedades como un factor objetivo de atribución de responsabilidad en los términos del art. 1723 del CCyC.

3) Las eximentes. Cualquier régimen de responsabilidad que se aplique debe prever un sistema de eximentes, pues de lo contrario estaríamos creando un supuesto de responsabilidad absoluta que no creemos ni conveniente ni necesario en este caso.

En la hipótesis que examinamos, la obligación asumida por el fabricante consistiría en garantizar un resultado que, si no se cumple, lo obliga a probar que el daño se debió a una circunstancia externa a su persona (ajenidad causal) (31).

Como podrá apreciarse, la cuestión referida a las eximentes de responsabilidad se resuelve, en el caso de la creación de expectativas, con las mismas reglas que se utilizan para eximir la responsabilidad objetiva en general. El agente dañador deberá demostrar que, por ejemplo, el daño no se debió a una falsa expectativa, sino al mal uso que de él hizo el usuario. También podrá probar que no estimuló indebidamente las expectativas que los usuarios podían albergar con relación al producto. En definitiva, el deudor podrá hacer uso de todas las eximentes que el Código Civil y Comercial ofrece

en el arts. 1729 a 1732.

En resumen; todo lo relacionado con las eximentes de responsabilidad por la creación de expectativas se resuelve con los mismos criterios de la responsabilidad por la creación de riesgos.

f. Una propuesta para la futura creación de un factor atributivo de responsabilidad.

1) Presentación. Pensamos que una futura reforma del Código Civil y Comercial debería incluir a la creación de expectativas como factor atributivo de responsabilidad objetiva. Después de todo, nada impide a que se añada a la teoría del riesgo creado un nuevo factor atributivo relacionado con la creación y/o la defraudación de expectativas.

En sentido similar, Pizarro y Vallespinos señalan que: De cualquier modo, conviene insistir en que el ámbito de los factores objetivos de atribución se caracteriza por su marcado pragmatismo. De allí que aquéllos constituyan un catálogo abierto que admite nuevas incorporaciones, en la medida en que así lo requieran las necesidades sociales (32).

No hay, en definitiva, razones doctrinarias que puedan oponerse a la creación legal de un nuevo FOA. Por otra parte, su fundamento, como hemos visto, sería muy parecido al que sostiene la responsabilidad por el riesgo credo. Una vez que se produce el daño, éste puede ser atribuido a la creación de expectativas exageradas que determinaron, por ejemplo, que la cosa dure menos de lo esperado o no cumpla prestaciones las anheladas, o las cumpla en forma deficitaria de acuerdo a lo que razonablemente se podía exigir.

Otra cuestión que no debe soslayarse es que, en el caso de la responsabilidad por riesgo, se endilga responsabilidad a quien introduce en la sociedad un riesgo que, en la mayoría de los casos, le reporta un beneficio de tipo económico (33). Exactamente lo mismo puede decirse de quien crea expectativas falsas. Ese modo de actuar tiene por finalidad incrementar las ventas y el precio de productos escondiendo una asimetría entre la calidad real del producto o servicio y las expectativas que ocasiona entre la clientela. Es obvio que hay un aprovechamiento económico relacionado con incrementar el optimismo y las expectativas de los adquirentes.

En sentido similar, Vallespinos y Pizarro explican que la teoría del riesgo se justifica en el hecho de que quien lo crea sabe que está introduciendo o potenciando un peligro en la sociedad y, por tal motivo, debe cargar con los daños que esa eventualidad produzca. Pues bien, esa misma justificación es idónea para justificar la creación del nuevo factor atributivo que proponemos.

2) La creación de expectativas en el Código Civil y Comercial. Ideas para su inclusión.

Presentación. En sintonía con lo dicho hasta ahora, vamos presentar algunas ideas que deben considerarse para elaborar de una norma jurídica que contenga a la creación de expectativas como factor atributivo de responsabilidad.

Desde el punto de vista sistemático, pensamos que la mejor ubicación de esta norma sería a continuación del art. 1757 del CCyC. Incluso, sería posible que la norma que proyectamos lleve el número 1757 bis y que se denomine, Creación de expectativas excesivas.

La norma debería contemplar los siguientes aspectos: (a) la legitimación pasiva, para determinar quiénes son los sujetos obligados a mantener el equilibrio entre las expectativas de los adquirentes y la calidad real del producto; (b) La legitimación activa, para precisar quiénes y bajo qué circunstancia podrán invocar la aplicación de este FOA; (c) las eximentes de responsabilidad. (d) la responsabilidad por el riesgo de desarrollo.

Legitimación pasiva. Los obligados a mantener el equilibrio de las expectativas son, en primer lugar, los productores y/o fabricantes de los productos y los prestadores de los distintos servicios. En este caso seguimos la propuesta contenida en el art. 1757, haciendo que responda toda persona que cree una expectativa exagerada relacionada con la prestación a su cargo.

Preferimos esta solución universalista para no limitar la responsabilidad a los productores y proveedores que actúan en las relaciones de consumo. La creación de falsas expectativas es un tipo de fraude que también puede existir en la contratación paritaria.

Responsabilidad de los medios de comunicación. El medio más habitual para crear y diseminar expectativas exageradas es, casi en forma exclusiva, la publicidad. Ello, nos obliga a pensar si los emisores de esas publicidades (medios de comunicación) podrían ser considerados responsables solidarios con los anunciantes que pagan por la difusión de la publicidad que contiene el engaño.

No está de más recordar que la legislación especial de Colombia (Art. 30, Ley n° 1480) extiende la responsabilidad a los medios de comunicación. Sin embargo, tal extensión solo procede si se demuestra el dolo o la culpa grave del medio. Creemos que la hipótesis prevista en la ley colombiana no es audaz e innovadora como, en principio, parece ser. Veamos. Si la responsabilidad del productor depende de la comprobación (a cargo del afectado) del dolo o la culpa grave del medio, su aplicación concreta se desvanece. Es que, nos parece que será casi imposible que la víctima pueda llegar a demostrar esa grave relación subjetiva entre el medio de comunicación que difunde la publicidad y el anunciante que contrata con el medio la difusión.

En oportunidad de comentar la ley 1480 del bellissimo país vecino, fuimos muy críticos del art. 30 porque pensábamos, y seguimos pensando, que esta clase específica de responsabilidad debe seguir un factor objetivo de atribución pues, de contrario, y debido a severas limitaciones probatorias se convierte en un mero enunciado legal sin aplicación concreta (34).

Para evitar esos inconvenientes, preferimos no incluir a los medios de comunicación en la norma que proyectamos. Pensamos que su inclusión promete más polémicas que soluciones. La persona que sabe, o debe saber a ciencia cierta, si la expectativa sobre el producto es razonable o exagerada es el fabricante o productor.

El medio de comunicación no está obligado a conocer la información estadística que le permita saber si el aviso publicitario se ajusta a la realidad o si es fraudulento. No nos parece conveniente agregarle esa carga porque no es esa la actividad propia de los medios de comunicación.

Por otra parte, responsabilizar solidariamente a los medios de comunicación no modifica sustancialmente la protección de la víctima. Los anunciantes de publicidad que contratan grandes campañas publicitarias tienen solvencia suficiente para afrontar el reclamo, individual o colectivo, que le puedan hacer sus clientes. Así las cosas, lo único que se lograría con la inclusión es sumar otro deudor solvente en una cadena solidaria en la que hay solvencia de sobra.

Además, la inclusión de esta responsabilidad abriría innecesarias polémicas doctrinarias y jurisprudenciales, agregando incertidumbre jurídica en un país donde las incertezas institucionales tienen tal intensidad que, a menudo, hacen peligrar el sistema legal.

Legitimación activa. En cuanto a los sujetos con aptitud legal para usar este FOA, aconsejamos usar una fórmula amplia, muy similar a la usada en el art. 1712 del CCyC que trata sobre la acción preventiva (35). Preferimos no limitar la cuestión a las relaciones de consumo como lo hace el art. 1102 del CCyC referido a la acción de cese de publicidad engañosa (36).

No obstante, es posible que se dé una superposición normativa, porque es sumamente probable que la creación de expectativas se concrete mediante una publicidad falsa. Sin embargo, no debemos perder de vista que no estamos hablando de una acción autónoma, como es el caso previsto en el art. 1102 del CCyC, sino de la creación de un FOA que solamente se pondrá en marcha cuando exista un daño y un reclamo concreto. La publicidad engañosa supone una infracción formal que queda consumada con la sola aparición del anuncio falso. En cambio, el factor atributivo solo se activa cuando existe un daño concreto

y afectado, particular o colectivo, que lo reclama.

Las eximentes. En primer lugar, estará disponible la eximente causal. En la medida que el agente logre probar que no hay subordinación causal entre el daño y las expectativas creadas no habrá obligación de responder. En igual sentido, tampoco habrá responsabilidad si el fabricante o prestador logran demostrar que las expectativas creadas sobre el bien o el servicio no fueron exageradas con relación a las prestaciones reales que el producto podía ofrecer.

Finalmente, sugerimos repetir la fórmula del art. 1757 in fine. De esta forma, proponemos que se ratifique el criterio objetivo y la no liberación de responsabilidad por la existencia de autorizaciones administrativas para comerciar o promocionar el producto por los medios habituales(37).

La buena fe. Este principio general del derecho, que a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial está incluido en su Título Preliminar, será determinante para que los jueces ponderen cuando existió una estimulación exagerada de las expectativas y cuándo el daño obedeció a la indiferencia o desidia del usuario o el cliente.

Es que, frente a los intereses contrapuestos de los proveedores y de los usuarios, se debe encontrar un equilibrio que permita la razonable convivencia entre el derecho a realizar publicidades que, inevitablemente ocasionan expectativas, y el derecho del usuario a no ser inducido a creer que el producto o servicio ofrece prestaciones que no son reales. La regla de equilibrio no puede ser otra que la buena fe recíproca que cabe exigirle tanto al deudor como al acreedor de la relación jurídica.

Quien asume la obligación de no exagerar las expectativas debe demostrar, sin oscuridades o malos entendidos, la calidad, la duración y las prestaciones reales del producto. Para ello, será determinante que el productor consolide su información con datos estadísticos confiables.

Las expectativas y los riesgos de desarrollo. La primera expectativa que tienen las personas que usan un producto o reciben un servicio es que ello no termine dañando persona o su patrimonio. Como hemos visto antes, la obligación de seguridad se debe con independencia de si, al momento de ponerse el producto en la calle, se conocía o no la potencialidad dañosa del producto o del servicio.

En la normativa que proponemos, el productor deberá asumir expresamente la responsabilidad por el riesgo de desarrollo. La norma deberá contener un apartado que disponga que si, al momento de lanzarse el producto al mercado, el fabricante o productor desconocen posibles efectos adversos que se descubren con posterioridad, asumen la total responsabilidad por los daños derivados de esa eventualidad.

En concreto y frente al llamado riesgo de desarrollo, el proveedor o fabricante asumen, además de la responsabilidad por los daños ocurridos, dos obligaciones emergentes; a saber: a) comunicar esta situación a todos los usuarios, utilizando para ello todos los medios de comunicación disponibles para que la comunicación sea masiva e inmediata; b) establecer mecanismos para retirar el producto del mercado, ofreciendo a la clientela afectada un nuevo producto o, si esto no fuera posible, una compensación económica acorde.

Reflexión final. Estamos comenzando a tomar conciencia del asombroso desarrollo de la inteligencia artificial, los algoritmos, los sesgos del pensamiento, etc.

Es necesario que la ciencia jurídica se haga eco de los nuevos aportes provenientes de las neurociencias. Y, en ese sentido nos parece apropiado culminar este extenso capítulo con una reflexión de Facundo Manes: Uno de los ámbitos en el que la investigación neurocientífica impacta es en el derecho. Conocer sobre los procesos de la conciencia, la interacción social, la responsabilidad individual, el libre albedrío, el riesgo, la memoria, la toma de decisiones y el rol de la empatía contribuye a la reflexión sobre preceptos legales y resoluciones judiciales que hacen de estas cuestiones el objeto de

regulación y dominio. Se genera así un provechoso trabajo interdisciplinario entre las ciencias de la vida y el derecho. En el futuro, la ley y la justicia, por tanto, podrán adecuar sus disposiciones en todo aquello que vea alcanzado por nuevos conocimientos neurocientíficos rigurosos (38).

O salimos de la encerrona del anacronismo, en la que estamos inmersos hace varias décadas, o el Derecho nacional, muy pronto, se quedará sin vida.

Notas al pie:

1) La diferencia es esta: una economía de mercado es una herramienta -una herramienta valiosa y eficaz - para organizar la actividad productiva. Una sociedad de mercado es una manera de vivir en la que los valores mercantiles penetran en cada aspecto de las actividades humanas. Es un lugar donde las relaciones sociales están hechas a imagen del mercado. (Sandel, Michael, *Lo que el dinero no puede comprar*, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Buenos Aires, Debate, 2013, p. 18).

2) Por otra parte, y en sentido contrario a lo que ha sido propio del mercado clásico, en la actualidad la producción no es una consecuencia necesaria de la demanda. Tradicionalmente, la demanda de cierto producto o servicio antecede a la oferta, y ésta atendía las necesidades insatisfechas. Ahora, en cambio, el productor procura crear las necesidades en el público, orientándolo para que compre productos que, unilateralmente, ha decidido poner en el mercado. A tal fin, provoca una estimulación de la demanda mediante la publicidad; de modo que, en la realidad de los hechos, quien decide qué va a ser consumido es el productor y no el consumidor. (Alterini, Atilio Aníbal, *El consumidor en la sociedad posmoderna*, Buenos Aires, La Ley, 1196-E, 818, RCyS 2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001).

3) (Sandel, Michael, *Lo que el dinero no puede comprar*, ..., p. 15).

4) Si el Derecho admite el salto tecnológico que implica una comunicación a distancia y por medios publicitarios, el enlace es derecho entre el fabricante y el consumidor. El fabricante ofrece sus productos a través de la televisión o de los diarios, o del marketing directo; en estos casos resulta obligado. (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores...*, p. 500).

5) En los hechos, "la publicidad es el producto", porque la gente lo adquiere "tal como lo percibe mediante la publicidad"; un producto "es ante todo su imagen", vale decir, "lo que millones de consumidores creen que es, o lo que asocian con ella", a lo cual se agrega que muchas veces "los productos se revisten de una diferencia aparente", que sólo proviene de que hay una "propiedad de la marca", que "no reside en lo que el producto es, sino en lo que hace y sugiere la publicidad...

(Alterini, Atilio Aníbal, *El consumidor en la sociedad posmoderna*, Buenos Aires, La Ley, 1196-E, 818, RCyS 2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001).

6) Este sistema es inextricable porque la complejidad técnica que presenta es abrumadora; es anónimo porque no se puede conocer al dueño ni al responsable. Sin embargo, el sistema genera fiabilidad a través de su funcionamiento reiterado, las marcas, el respaldo del Estado y otros símbolos. (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores...*, p. 70).

7) Cámara Argentina del Comercio Electrónico, <https://www.cace.org.ar/estadisticas>, fecha captura: 9-07-2019.

8) Es necesaria la confianza porque ésta se encuentra en la base del funcionamiento del sistema experto, inextricable, anónimo y es el lubricante de las relaciones sociales. (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores...*, p. 71).

9) Por esta razón sostenemos que en el plano conceptual es necesario utilizar la noción de apariencia jurídica para sostener que hay oferta contractual de bienes o servicios, y la confianza para juzgar la aceptación. (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores...*, p. 71).

10) En 2017 se hicieron 60 millones de pedidos online en sitios nacionales, a un ritmo promedio de 114 por minuto o 2 por segundo?. Fueron un 28% más que el año anterior. Con esas órdenes, se compraron 96 millones de productos, a razón de 263.000 por día. (https://www.clarin.com/sociedad/comercio-electronico-imparable-hacen-compras-segundo_0_HyQNF36uM.html, fecha de captura: 9-07-2019).

11) Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores...*, p. 71.

12) Ayres, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872,

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, Captura: 28-12-2017.

13) Así pues, no sabemos si la confianza da asco, pero lo que desde luego sí hace es engendrar expectativas favorables. Ciertas marcas, ciertos envases ... son cosas que pueden hacer sentir mejor. Pero (y el precio? (Es posible que el precio de un medicamento influya también en nuestra respuesta a él? Ariely, Dan, *Las trampas del deseo...*, p.197.

14) Ariely, Dan, *Las trampas del deseo...*, p.23.

15) Esta transgresión puede entenderse vinculada a la obtención de un resultado que infringe el sentido general del ordenamiento jurídico. La realización de acciones que aparecen conformes a la ley no basta por sí sola, pues es ineludible ajustar el comportamiento al Derecho en general y como un todo. (Highton de Nolasco, Elena Inés, Título Preliminar del Código civil y Comercial. Principios Generales del Derecho Argentino, Santa Fe Rubinzal-Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo, 2015, Cita: RC D 1011/2017).

16) Con la actual redacción del art. 1724 queda superada toda distinción entre el dolo extracontractual y el que deriva del incumplimiento obligacional. En este último supuesto, el dolo queda configurado por el incumplimiento deliberado de la obligación, cualquiera sea la finalidad perseguida por el obligado (intención de dañar, conocimiento de que dañará o indiferencia ante el daño para el acreedor). Cicchino, Paula- Sáenz, Luis, en Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, ... p. 216.

17) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón*, Belén Urrutia (trad.), Buenos Aires, Taurus, 2018, p. 61.

18) Al igual que mi cuñado, la gente que oye hablar por primera vez del poder de las influencias inconscientes tiene miedo a carecer de libre albedrío o de control sobre su vida. Pero lo irónico es que negarse a creer la evidencia solo por mantener la creencia en el propio libre albedrío, en realidad reduce la auténtica libertad de la persona. Las personas que niegan la mecánica de la sugestión o la posibilidad de recibir influencias que no perciben son justamente las más susceptibles de ser manipuladas. (Bargh, John, (Por qué hacemos lo que hacemos?, ... p. 29).

19) La mayoría de la gente es consciente de que la tentación existe, por eso toma medidas para vencerla. El ejemplo clásico es el de Ulises, que afrontó el peligro de las sirenas y su canto irresistible. En frío Ulises ordenó a la tripulación que se papara los oídos con cera para que la música no les tentara. También pidió que le ataran al mástil para poder escuchar la música y que las ligaduras le impidieran sucumbir, en caliente, a la tentación de dirigir la nave hacia ellas. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, *Un pequeño empujón...*, p. 58 y 59).

20) Las conductas antijurídicas y lesivas son fuentes de daños injustos, pero también poder surgir de actividades permitidas y aprobadas socialmente, con prescindencia de un obrar concreto que pueda considerarse como ilícito. (Zavala de Gonzáles, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2015, T° 1, p. 127.

21) Pizarro - Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil...*, p. 432 y 433.

22) Alterini, Atilio Aníbal, *El consumidor en la sociedad posmoderna*, Buenos Aires, La Ley, 1196-E, 818, RCyS 2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001.

23) El lego se asombra cuando advierte la trama oculta de los detalles tenidos en cuenta por la publicidad. Los arcos de Mc Donalds han permanecido como motivo arquitectónico de sus restaurantes porque representan el pecho materno, provocando la asociación subconsciente con el alimento. La etiqueta del envase del jugo de verduras V8 se destaca especialmente porque es impresa a cinco colores, y no a cuatro como los libros y las revistas comunes, lo cual le asigna un intenso colorido que resulta atractivo para el consumidor (Hine). Alterini, Atilio Aníbal, *El consumidor en la sociedad posmoderna*, Buenos Aires, La Ley, 1196-E, 818, RCyS 2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001.

24) (Cuáles fueron los resultados? Pues que ni los más elegantes recipientes pudieron persuadir a ninguno de nuestros cafeteros e que añadiera condimentos extraños a su café... Pero lo interesante del caso fue que, cuando los condimentos extraños se ofrecían en recipientes elegantes, aumentaba en gran medida la probabilidad de que las personas que probaban el café no dijeran que les gustaba un montón, estuvieran dispuestas a pagar un precio más alto por él y recomendaran que se debería empezar a servir aquella nueva mezcla en la cafetería. En otras palabras: cuando todo lo que rodeaba al café parecía de primera calidad, también su sabor resultaba serlo. (Ariely, Dan, *Las trampas del deseo*, ... p.178).

25) A lo largo de este libro he descrito experimentos que esperaba que resultaran tan sorprendentes como ilustrativos. Y si lo eran, ello se debía en gran parte al hecho de que resultaban el presupuesto común de que todos sumos fundamentalmente racionales. Una y otra vez he proporcionado ejemplos que contradicen aquella definición shakesperiana... y nuestra comprensión resulta ser más bien pobre... (Ariely, Dan, *Las trampas del deseo*, ... p.252).

26) Mi siguiente información es la de que no sólo somos irracionales, sino previsiblemente irracionales; es decir, que nuestra irracionalidad se produce siempre del mismo modo una y otra vez. Ya actuemos como consumidores, como empresario o como responsables de decisiones políticas, comprender el modo en que somos previsiblemente irracionales proporciona un punto de partida para mejorar nuestra capacidad de decisión, cambiando para mejor nuestra forma de vida. (Ariely, Dan, *Las trampas del deseo*, ... p.18).

27) Bargh, John, (*Por qué hacemos lo que hacemos?*, ... p. 33).

28) Casi todos los humanos vemos al mundo más benigno de lo que realmente es, nuestras capacidades más estimables de lo que realmente son, y los fines que perseguimos más fáciles de lograr de lo que realmente son. También tendemos a exagerar nuestra capacidad para predecir el futuro, lo cual fomenta un optimista exceso de confianza. Por sus consecuencias para las decisiones, el sesgo optimista puede muy bien considerarse el más destacable de los sesgos cognitivos. Como el sesgo optimista lo mismo puede bendecirnos que condenarnos, quien sea optimista por temperamento debería ser precavido en medio de su contento. (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), *Debate*, 2018, p. 334).

29) La preponderancia absoluta de las obligaciones de resultado sobre aquellas que son de medios, hace impensable que la norma de clausura, en materia de responsabilidad, se incline en favor del factor subjetivo de atribución. Como ya lo dijimos en otros trabajos, esta nos parece una de las contradicciones más flagrantes del actual código: ... no se entiende el sentido establecer una norma de clausura subjetivista cuando todo el sistema se ha corrido hacia la objetivación de la responsabilidad. Sin embargo, y más allá de señalar la contradicción incomprensible de la norma, no debemos prestarle mayor atención porque la declinación de la responsabilidad subjetiva no tiene retorno en nuestro ordenamiento jurídico. (Shina, Fernando, *Desarrollo tecnológico y responsabilidad. Los nuevos desafíos del derecho*, SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA Id SAIJ: DACF180093, 18-05-2018).

30) Los factores de atribución de carácter subjetivos están perfectamente individualizados y tipificados civilmente para todo tipo de responsabilidad. Ellos son la culpa y el dolo. Ambos son comprendidos bajo el concepto de culpabilidad. Por nuestra parte, entendemos que se ha omitido enumerar en este artículo a la mala fe como factor de atribución subjetivo que puede ser evaluado objetivamente, a pesar de estar referenciada, como tal, en numerosas normas, como se hará conocer infra. (Alterini, J - Alterini, I, en Alterini, Jorge (Dir. Gral.), *Código Civil y Comercial Comentado...*, T VIII, p. 119).

31)...en las obligaciones de medio el acreedor no está obligado a probar la culpa cuya existencia se va a presumir una vez que se acredita el incumplimiento y el deudor sólo se eximirá de responder si demuestra que ese incumplimiento no le es imputable por haber mediado una situación de casus. (Alterini, Jorge (Dir. Gral.), *Código Civil y Comercial Comentado...*, T VIII, p. 115).

32) Pizarro - Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil ...*, T° 1, p. 453.

33) Ante todo, el riesgo... Supone la introducción en la comunidad de alguna situación ...que agrava el peligro de dañar, al potenciar o multiplicar la posibilidad de que resulten perjuicios. (Zavala de González, Matilde, *La responsabilidad civil ...T° 1*, p.631).

34) Piense el lector, (cómo podrá acreditar un usuario que un canal de televisión actuó con dolo o negligencia grave frente a una publicidad de zapatillas que sale al aire? Es poco menos que imposible que logre probar el elemento subjetivo requerido, y es aún más improbable que lo intente. Se trata de una norma enfática y cargada de buenas intenciones, pero, creemos, de escasa aplicación práctica. (Shina, Fernando, *Estatuto del consumidor*, Astrea - Universidad de Rosario, Bogotá, 2017, p.154).

35) Art. 1712 CCyC: Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

36) Art. 1102 CCyC. Acciones. 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.

37) Art. 1757 CCyC: ...La responsabilidad es objetiva. 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.

38) Manes, Mauricio, El cerebro del futuro, Buenos Aires, Planeta, 2018, p. 429.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 1 DE AGOSTO DE 2019

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.12, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.260, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1102, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1712, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1721, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1723, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1724, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1729 al 1732, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1757, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1757, Ley 340 Art.1072*

El consumidor político como agente preferencial para la mitigación del cambio climático: El uso del etiquetado de huella de carbono

IGLESIAS DARRIBA, CLAUDIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 9 DE AGOSTO DE 2019

TEMA

CONSUMIDORES-ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES-PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE-CAMBIO CLIMATICO-MARCAS SUSTENTABLES-CERTIFICADO AMBIENTAL

TEXTO

Resumen.

Sabemos que los consumidores cumplen una importante función en el contralor del cumplimiento de la normativa climática que emana de la autoridad pública. Y también sabemos que el estado delega dicha función de manera expresa o tácita en dichos consumidores. En este trabajo veremos la importancia de los llamados consumidores políticos como agentes sociales preferenciales para encausar el cambio social hacia la instauración de una economía sostenible. Para ello, analizaremos en particular el caso de los consumidores climáticos, considerados individualmente o a través de sus asociaciones, y la importancia que estos tienen para la mitigación del cambio climático. Asimismo, examinaremos cómo estos nuevos actores sociales guían sus decisiones de compra, principalmente, por las etiquetas ecológicas que tienen a disposición. Veremos, en particular, las etiquetas de huella de carbono, específicamente destinadas a la mitigación climática. También examinaremos cómo dichas etiquetas les permiten a los consumidores políticos orientar sus decisiones de compra a favor de productos y servicios sostenibles (buycott) y en contra de aquellos que no lo son (boicot). Y revisaremos cómo este tipo de consumidores y sus asociaciones son reconocidos como entidad de contralor por expreso mandato constitucional a partir de 1994, y cómo se les garantiza la máxima protección jurídica en nuestro ordenamiento. Finalmente, arribaremos a una serie de breves conclusiones y recomendaciones acerca de la temática estudiada y su importancia para nuestra sociedad.

1. Introducción.

Para comenzar, debemos recordar que los estados nacionales cumplen una función excluyente en materia de regulación del cambio climático. Sin embargo, también debemos recordar que -a nivel internacional- existen organismos que dictan normas directrices, que son esenciales en la materia, tal como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) (2).

Asimismo, existen importantes organizaciones intergubernamentales que no dictan normativa, pero que cumplen una función esencial en este tema. Tal es el caso del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (-IPCC- por sus siglas en inglés) (3).

Además, en materia climática, los estados nacionales se han impuesto contribuciones unilaterales concretas para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero (en adelante -GEI-) (4). A todo lo anterior debemos agregar una multiplicidad de actores públicos sub nacionales, tales como las provincias, los municipios, y los organismos autónomos y autárquicos que tienen jurisdicción sobre la cuestión climática.

Respecto de la función reguladora del Estado, debemos recordar que la misma se expresa mediante el dictado de normas generales o especiales destinadas a cubrir diferentes aspectos de la mitigación o la adaptación al cambio climático. Reiteramos que, en el derecho argentino, la actividad normativa es una atribución propia y exclusiva de los actores públicos.

Sin embargo, es bien sabido que dichos actores no siempre cumplen eficientemente su función de contralor (que, por otro lado, no es exclusiva de ellos) y delegan (muchas veces, de hecho) dicha competencia en terceros que -

con mayor o menor capacidad operativa- terminan cubriendo un espacio social y político que el poder público deja vacante. Estos terceros son, justamente, los consumidores, cuya eficacia en materia de contralor climático se encuentra acabadamente probada. Debemos aquí aclarar que el ordenamiento constitucional argentino atribuye expresamente a los consumidores funciones de contralor. Esto lo veremos con mayor detalle en el punto 4 de este trabajo.

2. El control social de los consumidores en materia climática: El consumidor político.

Sabemos que los consumidores son un agente decisivo para la mitigación del cambio climático. Ocurre que, en su vida diaria, cada consumidor elige qué tipo de productos utilizará para llevar adelante su actividad. Y también elige diariamente qué tipo de productos no utilizará. Se generan, entonces, en el consumidor dos pulsiones diferentes: la de "compra" y la de "no compra"; ambas con una previa consideración de los aspectos ambientales y climáticos que (favorable o desfavorablemente) el productor ha considerado en el proceso de elaboración. Este tipo de consumidor también suele tener en cuenta el destino del envase, o qué tipo de materiales o procesos se utilizan para la fabricación (Groening, C., Inman, J.J. and Ross Jr., 2016) (5).

La importancia de los consumidores en el contralor de la normativa climática es tan grande que recientemente ha surgido el concepto de consumidor político, también llamado "consumidor ético", o "consumidor ciudadano". El consumidor político es aquel que se encuentra políticamente comprometido con la protección del ambiente y -en especial- del clima (Spaargaren, Oosterveer, Spaargaren, & Oosterveer, 2010). Dicho compromiso lo diferencia del consumidor común, que se guía por motivos mayormente económicos y comerciales, y cuya actividad está regida por las reglas del mercado. Esto no le quita valor a la actuación del consumidor común, pero resulta interesante comparar ambas tipologías de consumidores para comprender mejor la importancia de los primeros.

Dicho de otro modo, los consumidores políticos realizan un consumo consciente, lo cual constituye de por sí una actitud fuertemente política. Este accionar los relaciona habitualmente con cierto activismo ambiental (Willis & Schor, 2012) y climático (6). Este tipo de consumo (consciente) se diferencia del que realiza el consumidor tradicional ya que este último puede (y suele) actuar con una alta cuota de inconsciencia (y de elementos emocionales) al momento de tomar la decisión de compra (7).

Como hemos visto hasta aquí, podemos sostener que la meta final de los consumidores políticos consiste en lograr cambios en las prácticas del mercado, las cuales consideran cuestionables desde el punto de vista de sus propios valores. Por lo demás, pueden manifestarse en las calles o en las redes sociales. Es un fenómeno que crece con rapidez al ritmo de las nuevas tecnologías de comunicación que permiten abordar la problemática climática de manera global. Ello -a su vez- ha permitido el desarrollo de grandes colectivos nacionales e internacionales de consumidores políticos que, como dijimos, no se guían por las reglas del mercado ni de las democracias liberales, sino que se encuentran en otro plano social completamente distinto (Novo-Vazquez, 2014; Portilho, 2009). Tal es el caso del grupo internacional juvenil "Extinction Rebellion", que se encuentra directamente enfocado en la problemática del cambio climático (8).

Además, la noción de consumo político alude a comprar (buycott) o abstenerse de hacerlo (boicot) (9) por razones sociales o éticas. (Stolle, Hooghe, & Micheletti, 2005). Así, el boicot es una conducta activa, individual o colectiva, de abstención de compra de un producto o a determinado productor, que habitualmente se identifica con la marca del producto. El "buycott" por su parte, es una conducta activa de impulso de una determinada marca, producto o productor, y que al igual que el boicot, puede ser individual o colectiva. Ambas son expresiones de consumo político y -por lo tanto- ambas promueven un cambio en las políticas del mercado. No obstante, más allá de su aparente similitud, una y otra conducta pueden reconocer impulsos políticos y sociales diferentes. Así, el boicot suele estar asociado con las normas de ciudadanía obediente porque está orientado al castigo, mientras que el buycott está más

asociado con las normas de ciudadanía comprometida porque está orientado a la recompensa (Copeland, 2014). Además, el buycott suele estar relacionado con consumidores de clases más altas o con mejor nivel educativo, e incluso más individualistas (Yates, 2011).

Un importante sector de la doctrina sostiene que las actuales formas de pensar el consumo y el ambiente son limitadas por cuanto se centran en el comportamiento individual, sus elecciones y la manera como toma sus decisiones (10). Y consideran que la transición hacia la sostenibilidad debe ser impulsada por los estados nacionales, dado que los movimientos de los consumidores no lograrían hacerlo por sí solos (Chappells E & Shove N, 2005). Por tal motivo, diversos países intentan incrementar la intervención del estado para impulsar una transición hacia una sociedad sostenible. Un sistema de este tipo permite el comportamiento de los consumidores, sus formas de consumo y su estilo de vida recurriendo a concepciones sociales profundamente arraigadas en todas las sociedades. Elizabeth Shove, prestigiosa socióloga de la sostenibilidad, explica que, a nivel global, se consumen enormes cantidades de energía en calefacción y refrigeración y que, en muchos países existe un peligro real de que los cambios de hábitos de los consumidores (creciente dependencia del aire acondicionado, aumenten aún más la demanda de energía y las emisiones de CO₂) afecten severamente la mitigación del cambio climático (Chappells E & Shove N, 2005) (11). En otros países, como Argentina, la cuestión del consumo energético es importante, pero debería permitir el acceso a mejores niveles de confort, por la gran cantidad de recursos con que cuenta nuestro país.

Finalmente, podemos preguntarnos (cómo logran los consumidores discernir entre productos amigables con el clima y aquellos que no lo son? Lo hacen con el mecanismo más directo y sencillo de que disponen: las marcas y etiquetas de dichos productos que les transmiten con sencillez determinadas características del producto. La principal de ellas es carácter "sostenible."

Las marcas son los signos distintivos comerciales que diferencian un producto de otro similar, por ejemplo, "STARBUCKS". Las etiquetas, a su vez, son signos de certificación que aparecen en los productos, por ejemplo "C.A.F.E. Practices". (Cuál es la diferencia entre ambas? Básicamente que "STARBUCKS" es una marca comercial reconocida por sus buenas prácticas en materia de sostenibilidad. Esta marca, incluso, contiene una fuerte impronta ecológica, que es su color verde. Asimismo, desde el punto de vista de su imagen, el logo de STARBUCKS ha evolucionado con el tiempo desde su color original (color café) hasta el color verde que exhibe actualmente. Esta evolución también permite a los consumidores identificar los productos ecológicos con mayor facilidad (12). En cuanto a las etiquetas ecológicas, un buen ejemplo es "C.A.F.E. Practices", que es una etiqueta que certifica -entre otros puntos- que quienes la ostentan cumplen con determinadas prácticas de sustentabilidad, entre las que se encuentran parámetros específicos de mitigación del cambio climático (13). Así, todos los proveedores de café de STARBUCKS deben contar con la certificación C.A.F.E. Practices.

3. La elección del consumidor basada en el etiquetado de "huella de carbono".

Uno de los principales mecanismos de etiquetado ecológico es el etiquetado de huella carbono, que consiste en informar cómo el producto o servicio (en las distintas etapas de su fabricación o prestación) genera GEI y, en consecuencia, cómo afecta el clima. Asimismo, el etiquetado puede indicar cómo los desechos del producto (y del envase) afectarán el clima luego de su utilización (14).

Este mecanismo es común en Europa y es impulsado, principalmente, desde los gobiernos (15) y varían de un país a otro. Así, en el modelo británico se entiende que las etiquetas sirven para corregir "fallas de información" en el mercado que provocan que los consumidores tomen decisiones equivocadas; por ejemplo, comprar ropa producida a costa de grandes emisiones de GEI por tener una información limitada e imperfecta respecto del proceso de fabricación (Cass & Shove, 2018) (16).

Los consumidores son agentes importantes del etiquetado de huella de carbono, pero no son sus únicos impulsores ya que dicho etiquetado deriva en muchos casos del impulso estatal o empresarial. Las empresas, incluso, imponen este tipo de etiquetado a sus proveedores para que reduzcan su huella de carbono. Respecto de las empresas, las etiquetas de huella de carbono se han extendido junto con la concepción de responsabilidad social empresarial (RSE). Así, la percepción del consumidor político le permite valorar positivamente las acciones climáticas de las empresas durante su desempeño en el mercado. Dichas acciones se exteriorizan en un balance social anual. En otras palabras, las empresas buscan que su imagen mejore mediante la realización de actividades socialmente responsables, entre las cuales siempre se encuentra presente la mitigación del cambio climático.

El etiquetado de huella de carbono es una forma de certificación. Las organizaciones de certificación suelen ser terceros (ajenos al productor) que garantizan el contenido del etiquetado; y también pueden ser agencias gubernamentales. A todo esto, debemos aclarar que aún no existe un enfoque estandarizado del etiquetado de carbono. Muchos autores sostienen que, dado que el cambio climático es un problema global y el comercio internacional representa una parte significativa de las emisiones de carbono, cualquier sistema de etiquetado de carbono requerirá una metodología uniforme y globalmente aceptada para calcular las emisiones del ciclo de vida de los productos (Cohen & Vandenbergh, 2012).

4. Los consumidores políticos y climáticos en el derecho argentino.

A partir de la reforma de 1994, nuestra Constitución Nacional modifica sustancialmente la situación jurídica de los consumidores ambientales y climáticos. En efecto, la Constitución pasa a establecer de manera expresa la protección del ambiente (Art. 41 CN) (17) y de los consumidores (Art. 42 CN). A ello debemos agregar la instauración del amparo colectivo (previsto para la protección del ambiente y de los consumidores) en el art. 43 de nuestra norma fundamental (18).

En particular, el Art. 42 C.N. prevé expresamente la creación de asociaciones de consumidores, y que la legislación establecerá su participación en los organismos de control de los servicios públicos (19). Aparecen así dos elementos que reconocen el carácter político de los consumidores argentinos: 1) La mención de sus asociaciones por parte de la Constitución, y 2) La participación obligatoria de éstas en los organismos de control. Justamente, la mención de sus asociaciones genera el efecto jurídico de otorgarles jerarquía constitucional. A ello se suma el deber del estado de garantizar su funcionamiento. Todo esto se encuentra directamente relacionado con las atribuciones de contralor mencionadas en la introducción a este trabajo. Vale decir que nuestro ordenamiento constitucional reconoce la importancia de los consumidores políticos en el contralor del cumplimiento de la normativa climática.

Asimismo, prevé que los consumidores puedan actuar de manera individual o bien colectiva, reconociendo a los consumidores los llamados derechos de tercera generación (Sabsay, 1997). La actuación colectiva se manifiesta a través de asociaciones de lucha contra el cambio climático. En este punto cabe recordar que las asociaciones de consumidores han mostrado una gran eficiencia en la prevención y reparación del daño ambiental colectivo.

De lo dicho hasta aquí podemos resumir que el estado argentino tiene el deber de controlar el cumplimiento de su normativa, pero que delega esta función en la sociedad civil, y que ésta asume tal delegación a través de los consumidores comprometidos con el cambio climático, y de las asociaciones que los representan.

Adicionalmente, la normativa del MERCOSUR en materia de marcas establece que los estados miembros pueden legislar sobre marcas de certificación (20). De igual manera, este bloque impulsa el consumo sostenible, que es definido como el uso de bienes y servicios que responden a las necesidades del ser humano y proporcionan una mejor calidad de vida, y al mismo tiempo minimizan el uso de recursos naturales, sin poner en riesgo las necesidades de las generaciones

futuras (21).

En el ámbito normativo, la rápida proliferación de los signos ecológicos generó la necesidad de una regulación especial a fin de proteger los derechos de los consumidores. En nuestro país, desde el año 2001 no pueden constituir marcas (22) los términos "biológico, ecológico u orgánico", "eco" o "bio" cuando se aplican a productos de origen agropecuario, tales como alimentos, fibras, o papel, entre otros (23). Esta regulación especial se funda en la necesidad de asegurar (y controlar) que dichas marcas se refieran estrictamente a productos y servicios que contienen la impronta ambiental y climática que ellas comunican (24).

5. Conclusiones.

Lo expuesto en este trabajo nos permite arribar a las siguientes conclusiones:

1. Frente a las limitaciones del Estado (y los organismos públicos en general) para ejercer el contralor de la normativa de mitigación del cambio climático, dicho contralor es delegado -directa o indirectamente- en los consumidores y sus asociaciones.

2. En dicho ámbito, ciertos consumidores -a los que hemos llamado consumidores políticos- ejercen un importante rol de contralor y vigilancia que resulta fundamental para instrumentar las acciones de mitigación.

3. A diferencia del consumidor tradicional (que satisface sus necesidades en base a las reglas del mercado, como el precio del producto) el consumidor político agrega consideraciones climáticas y ambientales al momento de la decisión de compra.

4. Este tipo de consumidores interviene activamente en el mercado promoviendo la compra de ciertos productos (buycott) y el rechazo de otros (boicot).

5. Para llevar a la práctica su actividad, los consumidores políticos disponen de las etiquetas ecológicas, que constituyen mecanismos de certificación de los productos y servicios que adquieren.

6. Las asociaciones de consumidores, por su parte, tienen en la Argentina una naturaleza netamente política reconocida por la Constitución Nacional desde la reforma de 1994.

7. Para finalizar, dada la importancia creciente de los consumidores políticos y sus asociaciones en el mundo, así como las fuertes implicancias de la reforma constitucional de 1994 con relación a éstos (y a los consumidores en general) debe implementarse una regulación interna de las marcas de certificación de modo que pueda acreditarse objetivamente la huella de carbono de los productos y servicios argentinos. Esto generará, a su vez, una mayor confianza en los productos y productores certificados.

6. Normativa Argentina.

- Constitución Nacional, Artículos 41, 42 y 43.
- Ley N° 25.675. General del Ambiente.
- Ley N° 25.127. Producción ecológica, biológica u orgánica.
- Ley N° 22.362. Marcas y Designaciones.
- Decreto N° 97/01 - Reglamentario de la Ley N° 25.127.

7. Normativa internacional.

- MERCOSUR/CMC/DEC. N° 08/95. Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR, en Materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen.
- MERCOSUR/CMC/DEC. N° 26/2007. Política de Promoción y Cooperación en Producción y Consumo Sostenible en el Mercosur, de 28-06-2007. Norma incorporada por Decreto N° 1289/2010.

8. Organismos supra nacionales.

- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC).
- El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC).

Notas al pie:

1) Abogado (-Diploma de Honor- Universidad de Buenos Aires) y Posgrado en Propiedad Industrial (Universidad de Buenos Aires). Doctor en Sociología (Universidad John F. Kennedy). Diploma en Derecho y Economía del Cambio Climático (FLACSO). Docente de Derecho Ambiental de la Universidad Nacional de José C. Paz. Agente de la Propiedad Industrial a cargo del registro de las marcas colectivas argentinas. Anteriormente, a cargo del Programa de Propiedad Intelectual en Argentina de la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo (IDLO). Ex becario de los Gobiernos de Francia y Malasia.

2) La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) fue celebrada en 1992. En ese año se creó una Secretaría. Con la posterior adopción del Protocolo de Kyoto en 1997 y el Acuerdo de París en 2015, las Partes de estos tres acuerdos reafirmaron progresivamente el papel de la secretaría como entidad de las Naciones Unidas encargada de apoyar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático. Desde 1995, la secretaría se encuentra en Bonn, Alemania.

3) El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) es el principal órgano internacional para la evaluación del cambio climático. Fue creado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Organización Meteorológica Mundial (OMM) en 1988. Su objetivo es ofrecer al mundo una visión científica clara del estado actual de los conocimientos sobre el cambio climático y sus posibles repercusiones medioambientales y socioeconómicas. En el mismo año, la Asamblea General de las Naciones Unidas hizo suya la decisión de la OMM y del PNUMA de crear conjuntamente el IPCC.

4) Es el caso del Acuerdo de París, firmado el 12-12-2015 y cuyo objetivo central consiste en mantener el aumento de la temperatura media global muy por debajo de los 2°C, y lo más cerca posible de los 1,5°C.

5) Este estudio indica que los participantes sintieron más responsables de la huella de carbono relativa a la etapa de uso o consumo.

6) Willis y Schor son autores de un relevamiento realizado en los Estados Unidos en 2010 para conocer la relación entre los consumidores conscientes y el activismo político. Ver: Willis, M. M., & Schor, J. B. (2012). Does Changing a Light Bulb Lead to Changing the World? Political Action and the Conscious Consumer, en "The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science", 644(1), 160-190, 2010. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0002716212454831>.

7) Respecto de este punto, corresponde decir que importantes autores del mundo del branding sostienen que la estrategia de posicionamientos de las marcas y etiquetas verdes está basada en la comunicación de los beneficios emocionales de los productos y en la transmisión del concepto de sostenibilidad (Hartmann, Javier, & Sainz, 2004; Joaquim & Pereira, 2004).

8) Para más información sobre Extinction Rebellion se puede ver: <https://rebellion.earth/>

9) En inglés "boycott".

10) Elizabeth Shove, gran estudiosa de la sociología de la sostenibilidad, explica que al estudiar al consumidor de manera individual no se logran detectar cambios radicales en las características definitorias y los contornos de su vida diaria por lo que el estudio debe hacerse de manera colectiva (Shove, 2003, 2004).

11) Shove se refiere especialmente el caso de Gran Bretaña.

12) Respecto del uso del color verde en las marcas comerciales recomendamos ver: "Iglesias D arriba, Claudio, La influencia de las marcas comerciales en el fortalecimiento de la sostenibilidad y de los consumidores ambientales" publicado en SAIJ, 29 de julio de 2019, Id SAIJ: DACF190122, www.saij.gob.ar.

13) La normativa C.A.F.E. Practices impone la necesidad de contar con registros escritos sobre los riesgos e impactos del cambio climático en la producción del café. Propone ejemplos de potenciales riesgos e impactos a tener en cuenta por el productor de café y métodos para reducir los impactos del cambio climático. Fuente: SCS Global Services Ltd. Disponible en: <https://www.scsglobalservices.com>.

14) La huella de carbono es la medida del impacto de todos los gases de efecto invernadero producidos por nuestras actividades (individuales, colectivas, eventuales y de los productos) en el medio ambiente. Se refiere a la cantidad en toneladas o kilos de dióxido de carbono equivalente de gases de efecto invernadero, producida en el día a día, generados a partir de la quema de combustibles fósiles para la producción de energía, calefacción y transporte entre otros procesos (Schneider & Samaniego, 2010).

15) Resaltan los sistemas de Gran Bretaña, Suiza, Japón, y existen propuestas de seguir dichos sistemas para su estandarización internacional (Vandenbergh y Cohen, 2010; Vandenbergh et al., 2011).

16) También hay que tener presente que los agentes tradicionales del consumo masivo (tales como el marketing y el consumismo pueden ser de utilidad en la práctica del consumidor político (Arnould, 2007; Novo-Vazquez, 2014) y, por extensión, para el consumidor climático.

17) Dice el Artículo 41 de la Constitución Nacional que "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado y 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."

18) En particular, el art. 42 - 3er. párrafo y el 43 -párrafos 1° y 2°- se refieren a procedimientos tendientes a implementar adecuadamente los reclamos que puedan ejercer los interesados en materia ambiental y consumerista, incluyendo aspectos organizativos (Condomí, 2015).

19) Constitución Nacional argentina: Art. 42 (...) "Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, (...) y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá (...) los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios (...) en los organismos de control."

20) MERCOSUR/CMC/DEC. N° 08/95. Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR, en Materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen.

21) MERCOSUR/CMC/DEC. N° 26/2007. Política de Promoción y Cooperación en Producción y Consumo Sostenible en el Mercosur, de 28-06-2007. Norma incorporara por Decreto N° 1289/2010.

22) Tampoco pueden formar parte de ningún conjunto marcario.

23) Decreto N° 97/01 - Art. 11 (reglamentario de la Ley N° 25.127, que regula la producción orgánica, biológica y ecológica) No podrán constituir marcas ni formar parte de ningún conjunto marcario los términos biológico, ecológico u orgánico o similares en idioma nacional o extranjero.

24) Decreto 97/01 - Art. 1° c) - (...) La Secretaría de Agricultura (...) establecerá los procedimientos e instrumentos que podrán incluir la incorporación de marcas, contraseñas o firmas, que permitan la clara identificación de los productos ecológicos biológicos u orgánicos para evitar perjuicios a los consumidores e impedir la competencia desleal.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 9 DE AGOSTO DE 2019

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.41, Constitución de la Nación Argentina Art.42, Constitución de la Nación Argentina Art.43, Ley 22.362, LEY 25.127, LEY 25.675, DECRETO NACIONAL 97/2001, DECRETO NACIONAL 1.289/2010

REF. BIBLIOGRAFICAS

-Arnould, E. J. (2007). Should Consumer Citizens Escape the Market? *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 611(1), 96-111. <https://doi.org/10.1177/0002716206298698>.

-Cass, N., & Shove, E. (2018). Standards? Whose standards? *Architectural Science Review*, 61(5), 272-279. <https://doi.org/10.1080/00038628.2018.1502158>.

-Chappells E, H., & Shove N, E. (2005). Debating the future of comfort: environmental sustainability, energy consumption and the indoor environment. *Building Research & Information*, 33(1), 32-40. <https://doi.org/10.1080/0961321042000322762>.

-Cohen, M. A., & Vandenbergh, M. P. (2012). The potential role of carbon labeling in a green economy. *Energy Economics*, 34, S53-S63. <https://doi.org/10.1016/j.eneco.2012.08.032>.

-Condomí, Al. (2015). Primeros pasos en el derecho del consumo. Duodécima Parte. La relación entre los ARTs. 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional. SAIJ. Retrieved from <http://www.saij.gob.ar>.

- Copeland, L. (2014). Conceptualizing Political Consumerism: How Citizenship Norms Differentiate Boycotting from Buycotting. *Political Studies*, 62(1_suppl), 172-186. <https://doi.org/10.1111/1467-9248.12067>.
- Groening, C., Inman, J.J. and Ross Jr., W. T. (2016). The role of carbon emissions in consumer purchase decisions. Retrieved March 25, 2018, from <https://www.sciencedaily.com/releases/2016/02/160226133615.htm>.
- Hartmann, P., Javier, F., & Sainz, F. (2004). Superando los límites medioambientales de la empresa: Un estudio experimental del efecto del posicionamiento ecológico en la actitud hacia la marca 1 (Vol. 4). Retrieved from <https://www.redalyc.org/pdf/2743/274321243005.pdf>.
- Joaquim, S., & Pereira, N. (2004). Atitudes relativas a marcas e Argumentos ecologicos: Un estudio experimental., 2(2). Retrieved from www.gestaorg.dca.ufpe.br.
- Novo-Vazquez, A. (2014). Consumocracia. El consumo político como forma de participación de la ciudadanía. *Política y Sociedad*, (1), 141-156. Retrieved from <https://core.ac.uk/download/pdf/38819828.pdf>.
- Portilho, F. (2009). Novos atores no mercado: movimentos sociais econômicos e consumidores politizados. *Revista Política e Sociedade*. Retrieved from <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/11799>.
- Sabsay, D. A. (1997). EL Amparo Colectivo consagrado por la Reforma Constitucional del 1994. *Cuadernos de Análisis Jurídico*, (7), 387-405. Retrieved from <https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2014/06/art10.pdf>.
- Schneider, H., & Samaniego, J. (2010). La huella del carbono en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Retrieved from https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3753/S2009834_es.pdf.
- Shove, E. (2003). Changing human behaviour and lifestyle: a challenge for sustainable consumption. Retrieved from <https://pdfs.semanticscholar.org>.
- Shove, E. (2004). Efficiency and Consumption: Technology and Practice. *Energy & Environment*, 15(6), 1053-1065. <https://doi.org/10.1260/0958305043026555>.
- Spaargaren, G., Oosterveer, P., Spaargaren, G., & Oosterveer, P. (2010). Citizen-Consumers as Agents of Change in Globalizing Modernity: The Case of Sustainable Consumption. *Sustainability*, 2(7), 1887-1908. <https://doi.org/10.3390/su2071887>.
- Stolle, D., Hooghe, M., & Micheletti, M. (2005). Politics in the Supermarket: Political Consumerism as a Form of Political Participation. *International Political Science Review*, 26(3), 245-269. <https://doi.org/10.1177/0192512105053784>.
- Willis, M. M., & Schor, J. B. (2012). Does Changing a Light Bulb Lead to Changing the World? Political Action and the Conscious Consumer. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 644(1), 160-190. <https://doi.org/10.1177/0002716212454831>.
- Yates, L. S. (2011). Critical Consumption. *European Societies*, 13(2), 191-217. <https://doi.org/10.1080/14616696.2010.514352>.

Derechos, principios y daño punitivo en un caso de falta de servicio de internet

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 29 DE OCTUBRE DE 2018

TEMA

DAÑO PUNITIVO-PROVEEDOR DE INTERNET-DERECOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Resumen. En diversos fallos judiciales se observa la tendencia a determinar cuantitativamente el daño punitivo o multa civil aplicable en materia de derecho del consumo mediante el empleo de la fórmula "Yrigoyen Testa", la que, partiendo del importe fijado en la causa en concepto de partida indemnizatoria, hace jugar un par de variables probabilísticas a fin de arribar al 'quantum' de la sanción que se impone. Estas breves reflexiones tienden a arrimar algún aporte al respecto, a propósito de un fallo en el que se aborda dicha temática, juntamente con otros aspectos que interesan en la materia.

1. El caso. En autos "MARTÍNEZ, Cristian Dario c/ AMX ARGENTINA S.A (CLARO ARGENTINA) - ABREVIADO - OTROS - RECURSO DE APELACIÓN", en fecha 14/03/2017, la Cámara Octava de Apelaciones en lo Civil y Comercial Ciudad de Córdoba, confirma -y, en su caso, mejora a favor del actor- lo resuelto en la primera instancia, siendo que "la pretensión intentada persigue los daños y perjuicios y daño punitivo que el actor... alega le ocasionó el incumplimiento de la demandada...al ofrecérsele un servicio sin haberle brindado información respecto de que no podía ser brindado en su domicilio, no atendiendo a sus reiterados reclamos y haciendo caso omiso a su pedido de rescisión contractual".

2. Los agravios de ambas partes. A) La parte demandada cuestiona a.- que "el a quo haya entendido que (el proveedor) ha violado el deber de información precontractual", impugnando que se hayan tenido en cuenta "los dichos de los testigos rendidos en autos", y distinguiendo, además, entre los términos de la publicidad, "llévalo a todos lados" -que se referiría a la mera 'portabilidad' de un objeto (un modem 3G)-, y la expresión a "cualquier lugar y momento" -que implicaría la posibilidad (que en el sub-lite no se daba) de que el objeto pudiera ser utilizado en cualquier lugar y oportunidad- enunciados que en el fallo de grado se darían por sinónimos ; b.- que, en particular, se habría hecho caso omiso en la resolución que "de la pericia contable -que no fue impugnada por el actor- quedó refrendado que del contrato, como de la publicidad en la Localidad de Los Cóndores surgía que no había servicio 3G"; c.- la imposición de la multa civil -por no darse los requisitos subjetivos y objetivos de la figura impugnada-. B) El actor, por su parte, se agravia de la cuantificación -por "irrisoria"- del daño punitivo, fijada en la primera instancia, posición que sustenta en que: la suma condenada no pueda cumplir con las funciones persuasiva y preventiva de la multa, y su carácter disuasivo; resalta "la descomunal capacidad económica de la empresa demandada"; desproporción entre el importe de la multa y la facturación de la demandada; el accionar masivamente ilícito y lucrativo de la accionada; el monto impuesto no es suficiente para "desmotivar" a la empresa a realizar comportamientos similares; la cuantificación de la multa no resulta razonable, ni coherente ni racional; imputa "malicia" y "mala fe" al accionar del proveedor; éste, "cálculo de costos" mediante, "se convence de que aun pagando indemnizaciones por daños, tendrá una ganancia considerable que lo impulsa a continuar con su actividad", por lo que, de todos modos, "tendrá una ganancia considerada"; solicita, en consecuencia, en carácter de "pronunciamiento ejemplificador", la suma de \$ 5.000.000 (es decir, el máximo previsto en el art. 47, inc. b, Ley de Defensa del Consumidor-LDC-).

3. El fallo de Cámara. A) Derechos y principios invocados. El tribunal actuante cita, en primer lugar, "el derecho a la debida información, al que se suma "el deber de obrar de Buena Fe" en cabeza del proveedor. El primero es

un derecho 'substantial' de consumidores y usuarios, previsto en los arts. 42 Cons. Nac., y 4° LDC), en cuya virtud debe el proveedor proporcionar al consumidor el conjunto de datos (notitia), necesarios y convenientes, que coadyuven a una adecuada decisión de consumo. El segundo, se corresponde con el "principio de buena fe/transparencia", el que, en la relación de consumo, "se acentúa como un débito predominantemente en cabeza del proveedor", siendo que "requiere de los proveedores que la mentada apariencia, que justifica en el consumidor/usuario su creencia en ellos, debe ajustarse a las realidades subyacentes, particularmente en materia de publicidad e información"; en el sub-judice, quedó claro que el anuncio publicitario "llévalo a todos lados" cuya interpretación cuestiona el demandado, fue conceptualmente integrado -al menos en la primera instancia- a la oferta del producto en sí (arg. art. 8°, LDC). Asimismo, invoca la alzada el principio procesal de "la incontestación de la demanda que crea en principio la presunción de veracidad de los hechos invocados", y se refiere, también -citando a PALACIO- a la "credibilidad y eficacia" de los testimonios rendidos en la causa, en la medida en que tales declaraciones "resultan idóneas para crear la convicción sobre la verdad de los hechos".

B) El daño punitivo. Respecto del 'daño punitivo' fijado en la primera instancia, se tratan en Cámara, dos aspectos: 1) la existencia y gravedad de la infracción cometida por el proveedor; 2) la cuantificación del mismo. En cuanto al primer punto, el tribunal interviniente deja constancia de que, al contratar el servicio, "no se le había informado con claridad al usuario la imposibilidad del acceso al servicio en la zona de su domicilio", siendo que "es la propia empresa demandada...quien ofrecía el servicio por vía telefónica a los potenciales clientes, lo que pone de manifiesto la 'gravedad' de la falta de información sobre la cobertura del servicio de internet en dicha localidad" (el énfasis en la cita, me pertenece). De modo que se pone de resalto, en el fallo en comentario, no sólo la procedencia de la multa, ya que la falta no solamente existió, sino, además, la severidad de sus circunstancias, a fin de determinar el 'quantum' de la multa, citándose las pautas establecidas en el art. 49, LDC: "1. el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, 2. la posición en el mercado del infractor, 3. la cuantía del beneficio obtenido, 4. el grado de intencionalidad, 5. la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, y, 6. la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho"; en tal sentido, el tribunal menciona que "el perjuicio resultante para el consumidor consiste en una afectación a su dignidad y tranquilidad espiritual del actor", como asimismo que, "con relación a la posición del infractor en el mercado, su calidad de entidad financiera multinacional amerita la aplicación de una sanción considerable", siendo "que la demandada tiene una fuerte presencia en el país, ofreciendo un servicio que no cuenta con muchos competidores en el mercado para su prestación"; en particular, se refiere a "que se ha acreditado que existían otros casos de incumplimiento con vecinos en la zona que contrataron el servicio con la empresa demandada, y que continuaron pagando el servicio.. también se acreditó el 'modus operandi' a través de la oferta telefónica del servicio de internet móvil"; en consecuencia, "el grado de intencionalidad de la conducta de la empresa es cercano al dolo, ya que estamos ante un comportamiento deliberado, que excede la mera negligencia en la información que cabe suministrar a los potenciales usuarios", aunque dice el 'ad quem' no constarle la reincidencia del demandado ni una "elevada litigiosidad" a su respecto (1).

Ahora bien; resulta particularmente interesante la adopción de un criterio 'matemático' -jurimétrico- a fin de determinar el importe del daño punitivo correspondiente; a este efecto, el tribunal aplica la siguiente fórmula - "fórmula Yrigoyen Testa" (2)-: $D = C \times (1 - PC / PC \times PD)$; de donde, el monto de los daños punitivos a determinar (D) resulta de multiplicar la cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados (C) por el cociente entre la probabilidad estimada de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados restado a la unidad (es decir, $1 - PC$) por un lado, y el producto entre dicha probabilidad y la probabilidad estimada de ser condenado por daños punitivos (es decir, $PC \times PD$) por el otro. Como se ve, el segundo término de la ecuación presenta un dato conocido, la indemnización compensatoria efectivamente determinada en autos (C); y dos datos, en rigor, desconocidos, a saber, la "probabilidad" -'en general'- de ser condenado por

la indemnización compensatoria de daños provocados (PC), por un lado, y la "probabilidad" -'en general'- de ser condenado por daños punitivos (PD), por el otro -en 'supuestos similares' en ambos casos-: estos datos resultan, en principio, conjeturales, y sometidos, en su caso, a contrastación estadística, aunque parten de circunstancias fácticas que constan en la causa. En ésta, se parte de un importe compensatorio condenado en primera instancia -no discutido en la alzada- de \$ 11.359,42.-, estableciéndose que, dado que el daño provocado es de escasa cuantía (un "microdaño"), la probabilidad de que se promuevan juicios similares, según el tribunal, se reduce al 10%, es decir: $PC = 0,1$; en tanto que la probabilidad de ser condenado por daños punitivos en casos similares, ascendería -se conjetura- al 60% de los casos; de donde: $PD = 0,6$. En consecuencia: $D = 11.359,42 \times ((1-0,1) / (0,1 \times 0,60))$; $D = 11.359,42 \times (0,90) / (0,06)$; $D = \$ 11.359,42 \times 15$; por lo que resulta $D = \$ 170.391,30$; siendo que en la primera instancia la condena por daño punitivo había sido de \$ 80.000 -es decir, más de un 50% 'por debajo' de lo fijado en la apelación-, la diferencia es notable, ya que el importe de la multa civil (D) así determinado en la alzada, alcanza al 93%, aprox., del total condenado (T) en la misma -o sea: \$ 170.391,30 (D), sobre \$ 181.750,72 (T)-. La fórmula matemática, empleada en el ámbito jurídico, viene siendo utilizada, frecuentemente, por diversos jueces y tribunales para cuantificar la multa civil aplicable en los términos del art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor -LDC- (3). En un trabajo recientemente publicado (4) he propuesto un sencillo modelo matemático 'interpretado' (es decir, aplicado) en términos jurídicos, en la medida en "que coadyuva a la toma de decisiones racionales, formalmente controladas", "bajo condiciones de incertidumbre", con referencia a la adopción de medidas cautelares, en particular. Ahora bien, que un resultado numérico, conforme a un cierto método o modelo interpretado, "coadyuve" a emitir una decisión en circunstancias de incertidumbre, no implica que esa decisión se siga 'automáticamente' de aquel resultado; así, tampoco, un resultado numérico sobre base probabilística puede implicar, 'necesariamente', el 'quantum' de la decisión sancionatoria; en este sentido, no estoy seguro, digo, que podamos "traducir" a términos jurídicos, con carácter "forzoso" y sin transición alguna -'sin mediar, p. ej. una pericia técnico-actuarial, con control de las partes'- el procedimiento indicado por el modelo matemático descrito: nótese que no se trata aquí de 'orientarse' entre variantes -como en el caso de situaciones de incertidumbre- sino de 'establecer', lisa y llanamente, un monto 'punitivo' determinado en sede judicial; aquella decisión tiene, en todo caso, un efecto meramente 'precautorio' en los términos de un proceso en marcha, en tanto que ésta, por el contrario, determina el 'quantum' de una sentencia condenatoria en el rubro respectivo, constituyendo, directamente, una 'deuda' -en su caso, con carácter de 'cosa juzgada', ejecutable como tal- en cabeza del proveedor condenado.

Ahora bien, he recordado con anterioridad que se señala que el daño punitivo consiste en "una forma de 'castigar' ("punishing") al agente del daño, en un 'pleito civil' ("civil lawsuit"), mediante la imposición de "daños (sanciones) adicionales" ("additional damages"); se trata, en suma, de 'castigar' conductas injuriosas ("outrageous misconduct")", destacando, a la par, su "carácter 'preventivo' respecto del demandado y terceros" (5); así, esta figura 'participaría de una índole "cuasi penal"', compartiendo, entonces, la categorización de las "clásicas" teorías de la 'retribución' de carácter "absoluto", de la 'prevención general' y de la 'prevención especial' de la pena'; estas últimas, "de carácter 'relativo', basadas en la 'utilidad' de la pena, se distinguen entre sí en que, mientras la 'preventivo-general', sostiene que la finalidad de la pena consiste en 'intimidar y disuadir a potenciales autores indeterminados' a cometer ilícitos, la 'preventivo-especial o individual', por su parte, radica la finalidad de la pena en influir sobre quien ya ha cometido un ilícito para que 'no reitere su propio accionar'" (loc. cit.). Ciertamente, aun sosteniendo que la primera teoría, en rigor, no aplicaría en esta materia -ya que el aspecto "retributivo" ("te hago por lo que hiciste") quedaría cubierto por la condena indemnizatoria correspondiente-, las teorías preventivas pueden tener cabida en el concepto de la multa civil, tanto en sentido especial-individual ("te hago para que no vuelvas a hacerlo"), como general ("te hago para que otros no hagan algo similar a lo que tú hiciste"); se trata del efecto 'disuasivo' de la sanción pecuniaria que se aplica (6), el que se manifiesta a fin de "que la sanción civil impetrada tiende a prevenir, por parte de dicha empresa es decir, un

empresa en particular, hechos similares para el futuro" (prevención especial) tanto como de "que las empresas (prevención general) no calculen sus beneficios económicos con incumplimientos contractuales" (Cám. Civ. y Com. de 6^o y Nom. Cba., in re "Raspanti Sebastián c/ AMX Argentina S.A.- Ordinarios - Otros - Rec. de Apelación, 26/3/14, citado en el fallo en comentario); e, incluso, aunque deba desalentarse la aplicación de "sanciones ejemplares" - que, bajo el pretexto de la mentada prevención general, tiendan a compensar en sólo uno, o en algunos, lo que no se puede retribuir o resarcir en 'todos' los supuestos similares- tal vez, aplicada dicha tesis con mesura, se justifique la imposición del daño punitivo con fines de disuasión general.

Sin perjuicio de lo expuesto, y respecto del modo en que está presentado el logaritmo aludido por el tribunal interviniente, cabe acotar que: 1) en rigor, "PC" 'no puede consistir' en "la probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados" como se sostiene en el fallo, sino, directamente, en "la probabilidad de que se presenten -en general- demandas judiciales por este tema" (circunstancia ésta de la que se hace depender aquélla); pues, si así fuera, en el caso sub-examen, siendo que la demandada, como 'conditio sine que non', es 'efectivamente condenada en términos de indemnización de los daños provocados a la actora', esta "probabilidad" sería de 1 (uno), es decir, "certeza absoluta" -ya que, efectivamente, fue condenada en tal concepto-; y, de tal forma, si $D = C \times (1 - PC / PC \times PD)$; entonces, sería: $D = C \times (1 - 1 / PC \times PD)$; es decir, $D = C \times (0 / 1 \times 0,6)$, de donde: $D = C \times (0 / 1,6)$; o sea: $D = C \times 0$ (o, tal vez, un número indeterminado); resultando, entonces, $D = 0$ (o, tal vez, un número indeterminado), 'en todos los casos en que medió condena por compensación de daños', situación ésta que, por hipótesis, se da en todos los supuestos en que pueda corresponder la aplicación de la multa civil; razón por la cual la fórmula resultaría fútil a los fines que se pretenden en su aplicación (7). 2) Respecto de "PD", que el 'ad quem' justifica en que "las probabilidades de condena en supuestos semejantes al de autos van aumentando tímidamente, a medida que la novedosa temática va adquiriendo recepción jurisprudencial", estimo que, en rigor, esta variante debería depender "de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso" en cuya función debe graduar el juzgador el monto del daño punitivo aplicado, según establece el mencionado art. 52 bis, LDC, porque entiendo razonable que, cuanto mayor sea la envergadura de esas circunstancias, ha de aumentar la probabilidad de aplicación de la multa civil, en los términos de la norma legal citada.

4. Conclusión. Resulta saludable, en principio, intentar, sobre bases serias, la cuantificación -mediante la 'interpretación' de modelos formalizados- de ciertos institutos legales que implican su traducción a términos monetarios, como es el caso del daño punitivo o multa civil que regula la LDC. Ello así, debe advertirse, no obstante, que, en todo traslado de un modelo matemático a un sector cualquiera de la realidad (es decir, su 'interpretación') existe el riesgo cierto de que dicha realidad no se amolde exactamente al modelo formal aplicado; en tal supuesto, la aplicación del modelo debe cesar y, en todo caso, podrá volverse sobre éste a fin de su adaptación a la realidad referida, en la inteligencia de que es aquél el que debe adaptarse a ésta y no a la inversa: es ésta una cuestión que, lamentablemente, funcionarios responsables de las políticas públicas suelen olvidar, con los resultados a la vista; esto así, particularmente, cuando en tales modelos se hacen intervenir factores dependientes del azar o probabilísticos -incluso, sobre base estadística-, ya que la única 'certeza absoluta' en dicho terreno parece consistir en enunciados del tipo "de cada 10 personas que ven la televisión, 5... son la mitad" ("Les Luthiers" -sketch 'La tanda'-) (8).

Notas al pie:.

1) Debo dejar constancia que, con anterioridad, he propuesto atender, a los fines de la aplicación de la multa 'administrativa', "primordialmente, a aquellas circunstancias condicionantes de la graduación de la multa, centradas en la actitud del proveedor y en los efectos que la infracción produzca o pueda producir 'sobre la comunidad' derivados de "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 otros similares (art. 49,

LDC, cit.)"; sosteniendo, asimismo, que, a efectos de la fijación de la multa 'civil' -daño punitivo- " la mira del juzgador debería centrarse en las circunstancias de la infracción cometida 'que afectaren directamente al consumidor en particular', sobre la base del criterio de 'reprochabilidad personal' de la conducta del proveedor respecto del sujeto tutelado" (consumidor/usuario); ello así a fin de evitar una eventual "super-imposición" de sanciones desde el punto de vista 'conceptual', pues los criterios de aplicación atienden a circunstancias diversas para las autoridades, administrativa y judicial, respectivamente" (CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Decimoséptima Parte (El "daño punitivo)"; 2016, www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF160392.

2)MATÍAS YRIGOYEN TESTA; experto en Derecho Privado, Derecho de Daños. "Aplicación jurisprudencial de una fórmula para daños punitivos", LA LEY, 08/10/2014, Tomo LA LEY 2014-E.

3)LDC, art. 52 bis: "Daño Punitivo. 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. 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, inciso b) de esta ley".

4)CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Ensayo de formalización jurídica en clave matemática (Aproximación jurimétrica a la decisión judicial bajo condiciones de incertidumbre)"; 17/09/2018; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF180205.

5)CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Decimoséptima Parte (El "daño punitivo)", cit.

6)YRIGOYEN TESTA, MATÍAS; op. cit.

7)Partiendo de la base de que cualquier número (n) multiplicado por cero (0) da cero (0), tenemos que: siendo $n \times 0 = 0$, por pasaje de términos obtenemos $0 / n = 0$, es decir: dividiendo cero (0) por cualquier número (n) -o sea, cualquiera sea el valor de la variable "n"- resulta, siempre, el cociente cero (0); nótese, asimismo que: siendo $n \times 0 = 0$, por nuevo pasaje de términos obtenemos $0 / 0 = n$, es decir: dividiendo cero (0) por sí mismo, resultaría -por pasaje de términos- por cociente 'n', donde "n" -para salvar la coherencia del procedimiento- debería equivaler -en todo caso- necesariamente, a 'un número cualquiera no definido' -esto es: un número "que nunca 'puede ser' definido"-; en consecuencia, bien puede ocurrir que, conforme a determinadas tesis, $0 / n = n$, esto es, un número cualquiera pero, en todo caso, 'no definido'. Sea como fuere, estas circunstancias imposibilitan cualquier cálculo al respecto.

8) El propio LAPLACE dejó escrito que "para el hombre hay muchas cosas que son inciertas y algunas que son más o menos probables. En vista de la imposibilidad de conocerlas todas, he tratado de compensar esto determinando distintos grados de apariencia, de suerte que debemos a la debilidad de la mente humana una de las más delicadas e ingeniosas teorías matemáticas: la ciencia del azar o probabilidad" (cit. por Jorge COSSIO B., en: "Pierre Simón Laplace"; <http://bdigital.unal.edu.co>).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 29 DE OCTUBRE DE 2018

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.8, Ley 24.240 Art.47, Ley 24.240 Art.49, Ley 24.240 Art.52

Ref. Jurisprudenciales: "Raspanti, Sebastián c/ AMX Argentina S.A. s/ Ordinarios - Otros - Recurso de apelación Expte. N° 1751961/36", C. 6ta de Apel.en lo C y C Córdoba, 26/03/2015

Los Derechos Humanos y los derechos del consumidor. Entre el realismo mágico y el populismo jurídico.

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 23 DE OCTUBRE DE 2018

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DERECHOS HUMANOS

TEXTO

a) Las reglas de interpretación propias del Derecho del Consumidor.

i) Presentación preliminar. El art. 3 de la LDC sienta una de las reglas más importantes del derecho del consumidor. Esta norma establece que las situaciones dudosas deben resolverse aplicando el criterio más favorable al consumidor o usuario (1). El mismo principio aparece reforzado en el art. 1094 del CCyC (2).

Estos textos se apartan de los principios generales sobre la interpretación de los contratos prevista en los arts. 1061 a 1068 CCyC. En lo esencial, se deja de lado lo dispuesto en el art. 1061 del CCyC (3) que dispone que los acuerdos deben interpretarse conforme la voluntad de las partes. Cuando se trata de relaciones de consumo, prevalece la conveniencia del usuario consumidor sobre la intención real o presunta de la parte.

Entre los autores nacionales, Ricardo Lorenzetti fue uno de los primeros y más tenaces defensores de la regla contenida en el art. 3 de la LDC. Tiempo atrás, este jurista señalaba: Esta regla es correcta, porque la fuente constitucional confiere al Derechos de los consumidores el carácter iusfundamental, lo que significa que el sistema de solución de conflictos normativos no está guiado por las reglas de las antinomias legales tradicionales. Por ello no es lícito fundar la prevalencia de una ley en la circunstancia de que sea anterior, o especial, como se ha notado en numerosos casos (4).

ii) La Corte Suprema y su marcada posición contraria a los consumidores. Pese a los elogios que nos mereció siempre ese pensamiento vanguardista que Lorenzetti tenía en sus días de estudioso, no podemos soslayar que este mismo autor, mientras se desempeñó como Ministro Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo en el Caso Flores v. Giménez que, ...5) Que también ha decidido esta Corte que no obsta a ello la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor puesto que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad de los contratos de seguro (CSJ 1319/2008 (44-M) /CS1 "Martínez de Costa, María Esther c/ Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ daños y perjuicios", fallada el 9 de diciembre de 2009 y "Buffoni" (Fallos:337:329)...(5).

Este antecedente del mes de junio de 2017, desgraciadamente, no es aislado, sino que viene a consolidar una doctrina que la CSJ había comenzado a diseñar en el Caso Buffoni v. Castro del año 2014. En los considerandos 9 y 12 de Buffoni la Corte, ya presidida por el Ministro Lorenzetti, estableció (hay que decirlo sin atenuantes) que el principio de interpretación favorable al consumidor y el principio de reparación integral de los daños sufridos por las víctimas ceden cuando el proveedor es una compañía aseguradora(6).

Y, recientemente, todo ha empeorado porque la Corte ha cerrado el círculo de su doctrina, profundamente regresiva, llegando a la conclusión de que el contrato de seguro no es un contrato de consumo o, lo que es lo mismo, que a ese contrato se le aplican las reglas propias del contrato paritario que, como todos saben, son antagónicas con las reglas que rigen las relaciones de consumo.

Así, el Máximo Tribunal de la República, en el caso Díaz, Graciela v. Evangelista, Jorge (12-06-2018) sostuvo sin tapujos que.

Considerando 11) ... Sin perjuicio de lo expuesto en el considerando anterior, es de recordar que el contrato de seguro solamente rige la relación jurídica entre las partes que lo celebran (arts. 1137 y 1197 del Cód. Civil; actuales arts. 957 y 959 del Cód. Civil y Comercial). Por lo tanto, la víctima de un daño es un tercero con relación al contrato firmado entre la aseguradora y quien causó el daño, desde que no fue parte de ese contrato (arg. art. 109 de la ley 17.418). El contrato, entonces, no puede perjudicar a la víctima, pero tampoco podría beneficiarla más allá de sus términos y de lo dispuesto en las normas aplicables. En consecuencia, si la víctima, en virtud de lo dispuesto por el art. 118 de la ley 17.418, desea invocar el contrato de seguro en su beneficio y citar en garantía al asegurador en el juicio de daños deducido contra el asegurado, en principio debe circunscribir su reclamo a los términos de la póliza (arts. 1195 y 1199 del Cód. Civil; actuales arts. 1021 y 1022 del Cód. Civil y Comercial; Fallos 337:329; 338:1252) (7). (Del Voto del Ministro Rosenkratz).

En pocas palabras, para la CSJ el contrato de seguros es un acuerdo de voluntades paritario (art. 957 del CCyC) y que, por lo tanto, se rige por la absoluta libertad contractual, el efecto relativo de los contratos (art. 959 CCyC) y permanece libre de toda intervención judicial (art. 960 CCyC).

Así, de esta forma contundente, atrasamos 150 años de un plumazo que partió de la pluma del Ministro Rosenkratz. El resultado final de esta doctrina, por más que para nosotros era previsible y lo fuimos anticipando desde la aparición de la sentencia en el caso Buffoni, es igualmente bochornoso (8).

Empero, más grave aún que este pensamiento (esperamos que provisorio) de la CSJ es el que surge de comprobar que, en muchos aspectos, el propio Código Civil y Comercial tiene una inocultable tendencia a categorizar al contrato de seguros como uno paritario y fuera del alcance de las normas protectorias propias del derecho del consumidor.

Esa predisposición se vio en forma patente cuando la Comisión Redactora del Código que, dicho sea de paso, dos de sus tres miembros son Ministros de la actual Corte Suprema de la Nación (9), se refirió al tercero expuesto a una relación de consumo, dejando bien en claro que la figura del tercero expuesto no alcanzaba a las víctimas de accidentes de tránsito que pretendieran reclamar en forma directa contra la aseguradora del agente dañador (10).

Sin embargo, y más allá de estos penosos vaivenes de la Corte Suprema y de nuestro todavía inmaduro sistema republicano, vamos a concentrarnos en los art. 3 de la LDC y en el art. 1094 de CCyC en tanto postulan una innovadora regla que resulta ser rupturista de la teoría general en materia de interpretación de los actos jurídicos.

b) Los derechos humanos (DDHH) y los derechos del consumidor: (similitud o identidad?).

i) Presentación. Al analizar el art. 1 de la LDC, habíamos señalado que los derechos del consumidor integraban no solamente la privilegiada familia de los derechos constitucionales, sino que también debían ser considerados como integrantes de los Derechos Humanos fundamentales. Hay, como acertadamente dice José Sahián, una semejanza conceptual y una simbiosis retórica entre los derechos de los consumidores y los derechos humanos... (11).

Con este autor coincidimos al pensar los derechos del consumidor como entrelazados con los derechos humanos porque ambos comparten la trama común del hombre; empero, al igual que Sahián, pensamos que los DDHH y los derechos del consumidor no tienen la misma sustancia teórica ni el mismo peso histórico, mucho menos en la historia de nuestro país (12).

Lamentablemente, parte de la doctrina los identifica y confunde la similitud que hay entre los derechos humanos y los derechos del consumidor con una identidad que no les corresponde. Esa equivalencia, quizás forzada para vindicar un argumento, termina banalizando a los derechos humanos.

Para nosotros, los derechos humanos tienen más cercanía con la pobreza extrema que, hoy mismo, afecta a casi mil millones de personas en todo el

mundo (datos de Naciones Unidas) (13) que con una cláusula abusiva insertada en un contrato de adhesión o con los defectos de un teléfono celular.

Dicho esto, ahora sí veamos la importancia que en los hechos tiene esta vinculación simbiótica que existe entre los derechos del consumidor y los derechos humanos.

En primer lugar, habrá que considerar que el art. 75 inc. 22 de la CN incluye en su cuerpo a los tratados internacionales sobre derechos humanos; más aún: les confiere jerarquía constitucional, estableciendo que ellos son derechos y garantías complementarios de los expresamente designados en la CN (14).

Roberto Gargarella sostiene que la Argentina se encuentra entre los países que abrazaron la causa constitucional de los Derechos Humanos, permitiendo que los tratados internacionales tengan, dentro de nuestro ordenamiento estatus legal o supralegal (15).

En síntesis, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, tienen supremacía constitucional y prevalecen sobre las leyes ordinarias, generales o especiales, de nuestro sistema legal (16). Sin embargo, eso no alcanza para sostener que dichos tratados, de capital importancia para la humanidad, tengan con los derechos del consumidor algo más que una relación indirecta.

El acto de consumo, por supuesto, está ligado a la dignidad de la persona, pero dentro del contexto en el que se desarrolla una sociedad con aspiraciones burguesas. En esta afirmación, vale aclararlo, no hay la menor intención despectiva; solamente se intenta describir cómo se articulan los DDHH y los derechos del consumidor en una sociedad de consumo moderna.

El consumo masivo de bienes y servicios describe una puja entre protagonistas dominados por la opulencia, la codicia y el confort. Los tratados internacionales de Derechos Humanos no tienen nada que ver con esta tensión social que se da en las sociedades de consumo; los DDHH describen un déficit humanitario que es incomparable con la tragedia pequeño-burguesa de las modernas sociedades de consumo.

ii) La Constitución convencionalizada. La inclusión en nuestro ordenamiento de estos tratados y convenciones internacionales llevaron a que autores como Néstor Sagües comiencen a pensar que nuestra CN es una Constitución 'convencionalizada'.

La noción de Constitución convencionalizada alude a un texto que es permanentemente reformulado y actualizado por las modificaciones que a su vez tienen los tratados y convenciones que están incluidos en nuestra propia constitución: Lo dicho conduce a encontrar un nuevo diseño de la Constitución, que pasa a ser, de la 'Constitución Nacional', a la 'Constitución convencionalizada'... vale decir conformada, adaptada, complementada e integrada, es móvil, desde el momento en que su contenido material...fluctúa en función de los tratados internacionales que suscriba el Estado y la jurisprudencia de la Corte IDH, que generalmente está ampliando los cupos de derechos de la CADH...Ello impone a los operadores del sistema una constante actualización normativa y jurisprudencial(17).

Waldo Sobrino también se ocupa de este tema y llega a la interesante conclusión -que compartimos- que los tratados internacionales no solo convencionalizan la Constitución al quedar incluidos en ella, sino que por su jerarquía constitucional actúan modificando a las demás leyes ordinarias de nuestro ordenamiento. En otras palabras, Sobrino postula que los tratados y convenciones internacionales incluidos en la Constitución Nacional (art.75, inc. 22) tienen preeminencia sobre, por ejemplo, la ley de seguros, la ley de defensa del consumidor, el Código Civil y Comercial, y otras leyes, especiales o generales, del sistema legal. En primer lugar, es dable destacar el carácter supralegal que tienen estos Convenios, con relación a las leyes; de manera tal que, en caso de contradicción entre la normativa interna y alguno de estos Tratados, es que estos tendrán prelación jerárquica normativa constitucional (18).

Estamos de acuerdo, al menos parcialmente, con la idea que propone nuestro entrañable amigo y tratadista; pero, sin embargo, no vemos cómo esos tratados enumerados en la Constitución Nacional podrán modificar o derogar o, de cualquier modo, restringir los enunciados contenidos en la Ley de Seguros (n° 17.418) ni cómo esas mismas convenciones internacionales podrían amplificar los amparos contenidos en la ley de defensa del consumidor (n° 24.240). No existen vasos comunicantes que permitan, de modo natural y espontáneo, aplicar las convenciones internacionales sobre derechos humanos para resolver cuestiones relacionadas con un contrato de seguro automotor.

En sentido similar, aunque más moderado, Pablo Manili sostiene que, La reforma constitucional de 1994 introdujo cambios trascendentes en el sistema de recepción constitucional del derecho internacional, especialmente en materia de derechos humanos. Ello ha aparejado cambios en la jerarquía de las normas internacionales respecto de la Constitución y de las demás normas de derecho interno (19).

En la misma línea, María Gabriela Ábalos postula con buenos argumentos que, ... luego de la reforma constitucional de 1994, por encima de las leyes del Congreso se encuentran los tratados internacionales incluidos los de integración, y con jerarquía constitucional los de derechos humanos enumerados en el inc. 22 segunda parte del art. 75 y los que se han incorporado con posterioridad. Lo expuesto trae consigo un debate interesante en relación con la interpretación de la jerarquía de los tratados y su vinculación con la Constitución Nacional, en torno a la supremacía y el control de constitucionalidad que ha sido objeto de otro trabajo (20).

Veamos el siguiente razonamiento. Si admitimos que los derechos del consumidor tienen una vinculación genérica con los DDHH, que a su vez son amparados por tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22 de la CN), resulta razonable pensar que las leyes cuyo objetivo sea la protección de los usuarios y la tutela efectiva de sus derechos tienen preeminencia sobre otras leyes. Dicho con otras palabras: debido al contenido, fuertemente constitucional, pensamos que cualquier puja normativa con la ley de defensa del consumidor (Ley 24.240) debe ser resuelta en favor de la LDC. Ello, desde luego, incluye a los conflictos normativos tan habituales entre la Ley 24.240 y la ley de seguros. Pero, según pensamos, la preeminencia de la Ley 24.240 no está dada por su parentesco con los derechos humanos, sino por su propia proximidad a la CN que, en art. 42 les concede privilegio constitucional a los derechos del consumidor. En otro trabajo analizamos esta cuestión más extensamente (21).

Además, esta vinculación indirecta que sí reconocemos entre los DDHH y los derechos del consumidor no es suficiente para albergar optimismos excesivos porque, en los hechos, no se verifica un mejoramiento en la interpretación que los magistrados hacen cuando ambas leyes entran en conflicto.

A decir verdad, la existencia de tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos no resulta un verdadero obstáculo para que los usuarios y consumidores argentinos pierdan derechos a manos de reformas legislativas e interpretaciones, más bien sombrías, de la propia Corte Suprema de la Nación (Ver lo dicho antes sobre los casos Buffoni, Flores y, más recientemente, Díaz).

Es que, por más que esforcemos al máximo la imaginación los tratados de derechos humanos enunciados en el art. 75, inc. 22 de la CN no contienen normas que incidan directamente sobre el derecho de los consumidores. En este punto, volvemos a coincidir con Sahián cuando señala que, En el marco del derecho de los derechos humanos, la protección de los consumidores, autónomamente considerados, no goza de un expreso esquema de garantía normativa o convencional definida, ni en el complejo de tratados que compone el sistema de defensa americano o internacional, ni en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (22).

Tampoco la jurisprudencia de los tribunales internacionales, como por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han expedido en fallos que

directamente aludan a los derechos del consumidor (23).

En síntesis: no creemos que el art. 75, inc. 22 del CN implique un mejoramiento de los derechos del consumidor argentino, ni que de esa norma partan directivas hermenéuticas claras en favor de los derechos de los usuarios.

iii) El realismo mágico y el populismo jurídico. El problema de las relaciones de consumo, como ocurre con la mayoría de los problemas sociales, tiene raíces macroeconómicas que poco o nada tienen que ver con la Constitución Nacional. Evitemos los atajos metafóricos: Argentina es un país pobre y subdesarrollado dentro de una región que vive azorada por la pobreza estructural. Ese contexto determina que sea prácticamente imposible mejorar el desarrollo de las relaciones de consumo.

Se equivocan, a nuestro modo de ver estas cuestiones, quienes suponen que los problemas del consumo se arreglan recitando principios constitucionales o agregando leyes que no pueden cambiar la realidad macroeconómica de nuestro empobrecido país.

En muchos casos el jurista, particularmente el latinoamericano, vive fascinado por una especie de 'realismo mágico' que lo lleva a pensar que los derechos sociales dependen de una norma jurídica que los declare antes que de un contexto político, social y económico que favorezca su desarrollo.

Roberto Gargarella resume esta idea con mayor lucidez cuando sostiene que, Por un lado, la historia del constitucionalismo latinoamericano nos habla de una obcecación, por parte de los reformistas locales, por favorecer cambios sociales a través de la introducción de nuevos derechos. Más precisamente, los constituyentes han demostrado una notable obsesión por la incorporación de más derechos, que no ha ido de la mano de una similar obsesión por mejorar -o cambiar, de modo acorde- la organización del poder (volveré luego sobre el punto). Tal cuestión nos llama la atención sobre un problema más vasto, cual es que los constituyentes no han acompañado su pulsión recurrente por escribir más derechos en las Constituciones, con una correlativa preocupación por las condiciones de posibilidad (materiales, políticas, legales) de los mismos derechos que afirmaron en los textos (24).

Este populismo jurídico está a mitad de camino entre la buena fe de los principios, la ingenuidad del jurista, y el cinismo del político siempre dispuesto a falsear lo real. Hace décadas que estamos enredados en la candidez de un progresismo teórico alentado por impostores que se turnan.

Veamos. El art 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos postula, entre otros derechos universales el de acceder a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda...(25).

Esta norma, estrictamente vinculada a los DDHH e incluida en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 75, incl. 22 de la CN, obviamente no es suficiente para solucionar el problema de vivienda que sufre nuestra población en cada rincón del país. Se estima que en Argentina: Más de dos millones de familias habitan viviendas deficitarias y otro 1.3 millones atraviesan situaciones de hacinamiento. Las condiciones deficitarias alcanzan así al 28% de los hogares. Al mismo tiempo, año tras año, el saldo entre la cantidad de nuevas familias y las nuevas viviendas construidas viene siendo negativo. Si bien en los últimos años PROCRE.AR generó cierta dinámica diferente a la de la década 2001/10, no es menos cierto que a partir de 2011 la producción privada se fue contrayendo año a año. Faltarían 3 millones de viviendas para satisfacer las necesidades habitacionales de la población (26).

Informes recientes de organismos internacionales (ONU) indican que en los últimos años (2016 y 2016) La pobreza en Latinoamérica tuvo un incremento y actualmente alrededor de 186 millones de personas viven por debajo de la línea de pobreza; esto significa que el 30% de la población latinoamericana es pobre (27).

No estamos frente a dilema jurídico, sino frente a una inmoralidad política que involucra a todos los sectores de la sociedad.

iv) El principio pro homine. La causa constitucional de los Derechos humanos, utilizando la acertada y original expresión de Roberto Gargarella (28), pone en escena a otro principio general sustantivo que, a nuestro modo de ver, será el gran articulador de la renovada constitucionalización del derecho privado. Nos referimos, al principio pro homine que fija una clara regla hermenéutica en favor de los derechos humanos.

Como iremos viendo a medida que avancemos en los tópicos siguientes, los arts. 1 y 2 del CCyC han incorporado a nuestro sistema legal la regla 'pro homine'. Esto significa que, a partir de agosto de 2015, es una regla hermenéutica expresamente incluida en nuestro derecho positivo vigente.

Para Manili, El principio pro homine puede ser definido, entonces, como aquel por el cual, ante una pluralidad de normas aplicables a una misma situación jurídica, el intérprete debe elegir aquella que brinde una protección más favorable para la persona humana, en el sentido de darle la mayor extensión posible las que consagran derechos y el menor alcance posible a las que posibilitan restricciones... La Corte IDH, en igual sentido, ha señalado que si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana... (29).

La regla pro homine favorece los derechos de la persona (usuarios y consumidores) y repele las limitaciones que a esos derechos les pudieran oponer otras normas, especiales o generales, del ordenamiento jurídico. Esto, para nosotros, implica que la norma favorable al consumidor debe prevalecer sobre otras leyes que, por no tener el anclaje en los DDHH que sí tiene la LDC, tienen menor jerarquía. Y también prevalece el criterio de interpretación que siempre será favorable a la persona. Como bien dice Néstor Sagües: Un derecho internacional de los derechos humanos mucho más actualizado y prácticamente aceptado hoy en día propone la primacía del 'mejor derecho' en sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona), sea esa norma doméstica o internacional. Este postulado en una directriz tanto de preferencia de normas como de preferencias de interpretaciones (30).

Lo que el jurista sugiere, y nosotros compartimos de medio a medio, es que la regla pro homine pasa por encima de la discusión doctrinaria acerca de la inclusión, los alcances y los efectos que los tratados internacionales DDHH tienen en nuestro sistema legal. Es una regla autónoma que no requiere apoyos normativos exteriores porque ha sido incorporado en nuestro sistema legal (arts. 1 y 2 del CCyC) como otro de los principios generales del Derecho que, a partir de su inclusión en el Título Preliminar del Código difumina sus efectos hacia todo el ordenamiento jurídico; es decir, es una regla que se aplica indistintamente a las relaciones de familia, las obligaciones en general, los contratos de consumo, los contratos paritarios y para todos los actos y negocios jurídicos que se concreten, cualquiera sea su naturaleza.

Además de lo dicho, debe señalarse que el principio pro homine tiene una doble función jerárquica en nuestro sistema normativo. En primer lugar, determina una jerarquía de aplicabilidad en cuanto determina que en caso de eventuales colisiones normativas será aplicable la ley que resulte más conveniente para la víctima y sus derechos. En segundo lugar, la regla pro homine determina una jerarquía interpretativa. Así, en caso de dudas o inconsistencias o incertidumbres, siempre prevalecerá el criterio más favorable para la persona y para la validez de su derecho.

La jerarquía interpretativa implica que la ley favorable al consumidor o, en su caso, a la víctima de un siniestro debe de aplicarse aún cuando el conflicto normativo ocurra entre normas nacionales. Ello se da, por ejemplo, ante el eventual (pero bastante repetido) enfrentamiento la ley de defensa del consumidor y la ley de seguros (Ley 17.418). Por aplicación de la regla que estamos examinando debe aplicarse el criterio más favorable a la víctima. Como bien dice Pablo Manili: Frente a este principio, toda pretensión de primacía se torna estéril. Por lo tanto, cualquier diferencia entre normas de la Constitución y normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deberá ser solucionada por aplicación del principio 'pro homine', según el cual, ante una pluralidad de normas que protegen derechos humanos,

hay que aplicar aquella que sea más específica a ese fin, más favorable para la víctima y más beneficiosa para el sistema de derechos (31).

Pues bien; no parece una tarea compleja para el juzgador determinar, qué norma es más favorable a la víctima y más cercana al sistema de los derechos humanos. Es lamentable el hecho que sea la CSJ (Ver casos Buffoni, Flores y Díaz) omite esta regla que, luego de la reforma del Código Civil y Comercial, se ha constituido como un principio general de nuestro Derecho.

Finalmente, es oportuno señalar que la regla *opro homine* tiene, además de autonomía propia en nuestro ordenamiento normativo, jerarquía constitucional porque está expresamente establecida en el art. 29 de la CADH, (Ley 23.054) que ordena que ninguna disposición emitida por los Estados miembros puede suprimir o limitar derechos o libertades (32).

v) La progresividad y la no regresividad de los derechos humanos. Como antes dijimos, no hay identidad entre los DDHH y los derechos del consumidor, pero sí mantienen una vinculación que permite que algunos de los principios que rigen para los DDHH sean aprovechados por los derechos consumeriles.

A nuestro ver, las reglas de progresividad y de no regresividad son los dos principios, de origen y arraigo en los derechos humanos, que más beneficios pueden reportarles a los derechos del consumidor.

Pablo Manili, nos ofrece otra descripción muy acertada de estas reglas complementarias que determinan que una vez que un derecho humano fue decretado por un juez, o legislado por una normativa no puede retrocederse en su aplicación (33). Es decir que una vez que al ratificar un tratado se reconoce un derecho como inherente a la persona, no existe la posibilidad de dar marcha atrás sobre el tema: el Estado queda obligado a continuar reconociendo ese derecho aunque luego denuncie ese tratado....(34).

Es importante señalar que por más que el Estado denuncie el tratado o modifique una ley que tenga por objeto la protección de derechos humanos, la regla de la progresividad de los derechos humanos y la que establece la prohibición de retroceder impiden que una nueva ley, o un nuevo criterio jurisprudencial, aplacen derechos humanos ya reconocidos. Como bien señala Manili, citando al filósofo Pedro Nikken Desde un punto de vista filosófico, Nikken ha sostenido: 'La dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental (35).

Sin perjuicio de lo dicho, algunos autores sostienen que la prohibición es relativa y no absoluta, siendo admisible que en algunos casos se deje sin efecto el derecho anteriormente establecido (36).

La regla de progresividad implica que los derechos que gradualmente se fueron ganando no pueden retroceder sin que exista un motivo que justifique el retroceso: Una de las manifestaciones que genera la pauta de progresividad es la de "no regresividad" o "prohibición de retroceso", 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 sociales establecidos en los tratados de derechos humanos. Es una garantía de carácter sustantivo que tiende a proteger el contenido de los derechos y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora (37).

Algunos autores nacionales prestigiosos, como es el caso de Osvaldo Gozáini, entienden que la regla de progresividad ha instalado en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo sistema de interpretación del Derecho en el cual la primacía estará dada por el beneficio a la persona y la satisfacción de sus derechos; esto significa, a nuestro modo de ver, que la progresividad del derecho es una noción complementaria de la regla *'pro homine'* (38).

Veamos un ejemplo de progresividad y no regresividad. Para ello, analicemos, a la luz de estos principios, la sempiterna disputa sobre la prescripción en materia de seguros.

Siguiendo la pureza de las reglas que examinamos, si ya estaba aceptado legal y jurisprudencialmente que los Derechos del consumidor prescribían a los 3 años, por más que el art. 50 de la LDC haya sido modificado por la Ley 26.994 ello no implica que luego de la modificación, y ante el silencio de la norma reformada, se vaya a aplicar el 58 de Ley de Seguros (Ley 17.418) que establece un plazo de prescripción menor (un año). La regla de la progresividad impide el retroceso que empeore el derecho de los usuarios y, por tanto, deberá aplicarse el término de prescripción establecido en el art. 2560 del CCyC que es de 5 años u otro mayor o igual al de tres años.

En este punto sí estamos completamente de acuerdo con Sobrino cuando sostiene que, Por un lado, señalamos que la pretendida reducción del plazo de prescripción, es directamente ilegal, dado que conculca expresamente el art. 75, inciso 22 de la Carta Magna. Ello es así, por una sencilla aplicación del control de convencionalidad), dado que violaría en forma evidente el principio de no regresión ... Tratando de ser lo más sintéticos posible es que partimos de los fundamentos del propio Código Civil y Comercial, donde se señala que se fija "...un plazo de prescripción genérico...", de forma tal que se regula "...intentando una unificación..." de los términos de prescripción (39).

La interpretación de las situaciones dudosas en favor del consumidor (art. 3 de la LDC y 1094 del CCyC), sumada a la aplicación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los derechos del consumidor (art. 26 de la CADH) determina que, luego de modificado el art. 50 de la LDC, sea aplicable el art. 2560 que establece un plazo de prescripción genérico de 5 años (40).

En un fallo reciente, dictado por un tribunal de alzada de la provincia de Mendoza se resolvió utilizando los principios que estamos examinando. En esa ocasión se dijo: La acción para reclamar los daños derivados del incumplimiento del contrato de seguro prescribe a los tres años por aplicación del art. 2561 del Código Civil y Comercial, pues si antes de la modificación del art. 50 de la ley 24.240, la jurisprudencia de la Corte local -Provincia de Mendoza- entendía que se aplicaba el plazo trienal de la ley consumeril, cabe mantener la misma solución aplicando aquella norma, pues sostener lo contrario implica una interpretación regresiva que afecta el nivel de protección alcanzado y contraría el principio pro homine y pro consumidor(41).

Antes de terminar, es preciso volver a aclarar que la aplicación de la regla de progresividad de los derechos humanos que compartimos con entusiasmo, pero sin dogmatismos, requiere una cierta identidad entre los DDHH y los derechos básicos del consumidor. Sin embargo, esa identidad no es admitida en forma pacífica en la doctrina.

Son muchos los autores que con buenos argumentos que señalan que no es posible ni conveniente confundir a los derechos humanos con los derechos de los consumidores. Ambas disciplinas tratan cuestiones distintas, por más que el acto de consumo sea una tarea humana básica que, en muchos caos, está relacionada con el acceso a bienes y servicios indispensables para la realización de una vida digna.

Empero, ello no permite concluir que los tratados internacionales sobre Derechos Humanos se refieran, directamente, a las relaciones de consumo. Sostener esa identidad entre los derechos humanos y los del consumo implicaría, según pensamos, una banalización de los DDHH.

No es bueno confundir una herida humanitaria con la tensión, típicamente burguesa, que se dirime en las sociedades consumo modernas. Los tratados internacionales constitucionalizados apuntan, sin dudas, a superar escenarios desgarradores desde el punto de vista humano mientras que los derechos del consumidor buscan equilibrar las relaciones entre proveedores codiciosos y consumidores más o menos acomodados.

José Sahián señala con precisión que, Ahora bien, Sozzo no admite lisa y llanamente que los derechos de los consumidores contengan una naturaleza que los instituya conceptualmente como una especie de derechos humanos, sino que, a partir de la consagración de una serie de normas de diferente rango que se funden en la idea de dignidad y la proliferación de sentencias judiciales que

se apoyan en el derecho del consumidor al trato digno, aproximan el derecho del consumidor a la racionalidad, tecnologías y prácticas de funcionamiento de los derechos humanos (de segunda generación, especialmente) (42).

c. La constitucionalización del Derecho Civil.

i) Presentación. Por alguna razón que ignoramos, al salir de la universidad, dejamos de pensar al derecho en términos de dilemas o conflictos constitucionales para dirigir nuestro pensamiento crítico hacia cuestiones más mundanas como las relaciones laborales, o las de consumo, o la responsabilidad objetiva, y, sobre todo, las estrategias procesales y los caprichosos plazos de un procedimiento.

Estamos acostumbrados a este divorcio entre el conflicto constitucional y la cotidianeidad del operador jurídico. El profesional de la abogacía, categoría que también incluye a los magistrados y funcionarios del poder judicial, no tiene el hábito de vincular el Derecho privado con el Derecho público.

En muchos sentidos nuestros juristas, magistrados y abogados reposan - exageradamente a nuestro ver - sobre la forma procesal evitando la profundidad sustantiva del derecho. Se olvidan, en algunos casos por simple olvido y en otros por grave ignorancia, que la equidad está en el derecho sustantivo y no en el rito procesal. Sin embargo, es preciso recordar que la regla procesal siempre será operativa y subordinada a los principios esenciales del Derecho.

Ahora bien, cuando el exceso de procesalismo lo comete el abogado, la cuestión puede ser vista como una adecuada estrategia procesal útil para los intereses que defiende. De hecho, en eso consiste el trabajo abogadil. Empero, si quien cae en el exceso ritual es el juez el resultado es desastroso para el servicio de administración de justicia que la Constitución Nacional puso en sus manos.

Los magistrados, a nuestro modo de ver esta delicada cuestión, tienen que pensar en términos de equidad y no como articuladores técnicos de un código de formas. El debido proceso, al que muchos operadores se adhieren en forma más frenética que racional, no puede convertirse en la excusa para justificar una sentencia indebida. Como bien dice Mabel De los Santos, el debido proceso está más relacionado con las decisiones justas que con la rigidez de las formas (43).

Lorenzetti, a nuestro ver acertadamente, advierte que, La Constitución Nacional ha sido una fuente normativa muy poco utilizada por el Derecho Privado, durante un largo período histórico. Los autores civilistas y, especialmente en el ámbito de la responsabilidad civil no sentían la necesidad de fundar las instituciones en la Constitución, ya que les bastaba con el Código Civil. Esta tendencia sólo cambió cuando ya estaba muy avanzado el siglo XX, en las últimas dos décadas, en que se comenzó a tratar de vincular las reglas del derecho privado con la Constitución Nacional (44).

Esa tendencia, sin embargo, debe ser revertida porque el Derecho, desde cualquier ángulo que se lo examine, es un entramado normativo que comienza en la Constitución Nacional.

Para Mabel de los Santos, con criterio que compartimos: En la presentación del Código Civil y Comercial de la Nación se destacó que el texto consagraba una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales. Se señaló allí que, por primera vez, se establecía en la ley sustancial una conexión entre la Constitución y el derecho privado, basada en los aportes de la doctrina y la jurisprudencia en este tema. Como se verá, la constitucionalización del derecho conduce necesariamente a la unificación del derecho pues establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (45).

La idea que se percibe en el Código Civil y Comercial es la que destaca la citada autora: la comunidad de principios que vinculan a la Constitución con el Derecho privado.

ii) La evolución del Código Civil y Comercial. Es innegable que el Código vigente desde agosto de 2015 inaugura una etapa en donde la frontera entre el

Derecho público y privado es cada vez menos clara y se percibe un fuerte avance del derecho público en sectores que poco tiempo atrás eran dominio exclusivo y excluyente del Derecho privado.

Nuevamente coincidimos con Lorenzetti cuando señala que, La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado (46).

Esta reflexión nos vuelve a la idea que fuimos repitiendo a lo largo de este breve ensayo: los derechos que tutelan a partes débiles de las partes fuertes están vinculados con los Derechos humanos y, por lo tanto, se benefician con el régimen protectorio supralegal que vimos en el antecedente.

El art. 1 del CCyC, al establecer las fuentes del derecho, inaugura lo que Gargarella denominó 'la causa constitucional de los derechos humanos' y con ello subordina a toda la legislación local al régimen protectorio supralegal. Veamos la norma y prestemos atención a su detallada lectura:.

Art.1 CCyC- 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.

El art. 1 dispone, en última instancia, que el derecho privado tiene como fuente directa a la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos. El tema tiene cierta trascendencia porque, como vimos antes, los tratados internacionales tienen primacía sobre las leyes ordinarias del sistema legal nacional (47). Esto significa, como bien dice Lorenzetti que, todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero, además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo(48).

Hay un ida y vuelta permanente entre el Código Civil y Comercial y la Constitución Nacional. Pareciera que ambos bloques legales establecieran los mismos principios sin importarles que la reiteración es superflua porque, ciertamente, no tiene rigor lógico la remisión de un Código de fondo hacia una Constitución porque la remisión está implícita; más aún, ella es una condición que subordina la misma existencia del código remitente. Dicho de otro modo: sería imposible la existencia de un Código que no estuviera lógicamente vinculado con la Constitución Nacional (49).

Sin perjuicio de lo dicho, que hace a la estructura lógica de un sistema normativo jerárquico, pensamos que la repetición tiene fuerza doctrinaria porque nos acostumbra a pensar en un derecho privado más cercano a la Constitución Nacional y en una Constricción más próxima al negocio jurídico que diariamente concretan las personas. En ese sentido, es colorida y acertada la reflexión de Sobrino cuando dice: El art. 1º del Código Civil y Comercial, es casi como un oximoron que, de manera innecesariamente

imprescindible, dentro del título de Fuentes y Aplicación determina que la interpretación debe realizarse conforme a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales (50).

En sentido similar, Lidia Garrido sostiene que, Al elegir abordar la temática del derecho de los contratos desde la visión de la perspectiva constitucional, abarcando con ello los derechos humanos, ya estamos evidenciando la toma de posición frente al tema de reconocer la existencia de vasos comunicantes entre las disposiciones del derecho civil y comercial y los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna (51).

El art. 2 del CCyC cierra el círculo de la 'causa constitucional de los derechos humanos' al establecer una regla hermenéutica que no deja margen para incertidumbres (52):.

Art 2. 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.

La norma postula que los jueces al dictar sentencia deberán hacer un control de constitucionalidad y al mismo tiempo un control de convencionalidad para evitar colisiones con los tratados que gocen de la supremacía constitucional establecida en el art. 75, inc. 22 de la CN. Como bien dice Daniel Sabsay: En convergencia con el control de constitucionalidad de normas... los jueces deben efectuar el control de convencionalidad a la luz de las modalidades de protección consagradas en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional. De esta manera, nuestro Máximo Tribunal ha dejado de ser supremo en relación con la aplicación de la normativa sobre derechos humanos contenida en dicha convención. Como hemos visto en el primer acápite, esa evolución da comienzo con el caso "Ekmekdjian" en 1992, para luego confirmarse en otras decisiones de la Corte y en particular con la reforma constitucional (53).

A modo de conclusión podemos afirmar que esta constitucionalización del derecho privado, plasmada en los arts. 1 y 2 del CCyC tiene derivaciones de suma importancia para nuestro sistema legal. La primera es que los derechos humanos, en sentido genérico y los derechos del consumidor en sentido particular, tienen mayor jerarquía y mayor tutela en nuestro ordenamiento. Esto determina que cualquier conflicto legal entre normas internas del ordenamiento jurídico deberá ser resuelto en favor de la que conceda más y mejores derechos para la persona (pro homine).

Esta situación puede darse en casos muy diversos pero, muy frecuentemente, se repiten conflictos normativos entre la ley de defensa del consumidor y la ley de seguros.

Nosotros pensamos que a partir de la constitucionalización del derecho privado propuesta en el Código Civil y Comercial vigente, esa discusión quedó absolutamente zanjada en favor de los derechos del consumidor. Y nuevamente acierta Sobrino cuando señala que, Pero, con el dictado de la Ley 26.994 queda claro, que en el ámbito de los Consumidores existe una columna vertebral integrada de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales; la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial, que conforman un sistema legal protectorio de los consumidores... Así, entonces, para que no exista ningún tipo de duda, es que en los Fundamentos se señala que ninguna ley especial (como podría sostenerse respecto de la Ley de Seguros) ...puede derogar esos pisos mínimos sin afectar el sistema (54).

Ahora solo resta aguardar que la Corte Suprema de la Nación y los tribunales de menor grado, pero mayor injerencia concreta en estos temas, tomen debida nota del cambio. Es momento de dejar de proclamar cambios emblemáticos y principios progresistas para empezar a ejercerlos sin excusas ni atenuantes. Es hora, como sostiene Mabel De los Santos, de que los jueces abandonen la pasividad de los árbitros y asuman un rol más protagónico en los asuntos que resuelven (55).

d. Terminaciones. La extensión y densidad de los tópicos desarrollados en este capítulo aconsejan concluirlo resaltando las conclusiones más destacadas.

1. El art. 3 de la LDC y el 1094 del CCyC establecen una de las reglas más importantes para esta rama del derecho. Se trata del principio 'in dubio pro consumidor' que establece que las situaciones dudosas serán resueltas aplicando el criterio más favorable al consumidor o usuario.
2. Estos textos se apartan de los principios generales sobre la interpretación de los contratos prevista en los arts. 1061 a 1068 CCyC. En particular, se deja de lado lo dispuesto en el art. 1061 del CCyC que dispone que los acuerdos deben interpretarse conforme la voluntad de las partes. Cuando se trata de relaciones de consumo, prevalece la conveniencia del usuario consumidor sobre la intención real o presunta de la parte.
3. Entre los derechos del consumidor y los derechos humanos existe una relación de parentesco y similitud que, sin embargo, no debe confundirse con identidad. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, tienen supremacía constitucional y prevalecen sobre las leyes ordinarias, generales o especiales, de nuestro sistema legal. Sin embargo, eso no alcanza para sostener que dichos tratados, de capital importancia para la humanidad, tengan con los derechos del consumidor algo más que una relación indirecta.
4. El problema de las relaciones de consumo tiene raíces macroeconómicas que superan las cuestiones jurídicas y los dilemas constitucionales. Argentina es un país pobre y subdesarrollado dentro de una región que vive azorada por la pobreza estructural. Ese contexto determina que sea prácticamente imposible mejorar el desarrollo de las relaciones de consumo.
5. El principio pro homine es aquel por el cual, ante una pluralidad de normas aplicables a una misma situación jurídica, debe elegirse la que ofrezca una mayor protección a la persona humana.
6. Los arts. 1 y 2 del CCyC han incorporado a nuestro sistema legal la regla 'pro homine'. Esto significa que, a partir de agosto de 2015, es una regla hermenéutica expresamente incluida en nuestro derecho positivo vigente.
7. El principio pro homine tiene una doble función en nuestro sistema normativo. En primer lugar, determina una jerarquía de aplicabilidad legal que determina que, en caso de eventuales colisiones normativas, será aplicable la ley que resulte más conveniente para la víctima y sus derechos. En segundo lugar, establece una jerarquía interpretativa porque en caso de dudas o inconsistencias siempre prevalecerá el criterio más favorable para la persona y para la validez de su derecho.
8. La regla 'pro homine' tiene jerarquía constitucional porque está expresamente establecida en el art. 29 de la CADH, (Ley 23.054) que ordena que ninguna disposición emitida por los Estados miembros puede suprimir o limitar derechos o libertades.
9. Las reglas de progresividad y de no regresividad son los dos principios, de origen y arraigo en los derechos humanos, que más beneficios pueden reportarles a los derechos del consumidor.
10. Es innegable que el Código Civil y Comercial ha inaugurado una etapa en donde la frontera entre el Derecho público y privado es cada vez menos clara y se percibe un fuerte avance del derecho público en sectores que poco tiempo atrás eran dominio exclusivo y excluyente del Derecho privado.
11. La constitucionalización del derecho privado, plasmada en los arts. 1 y 2 del CCyC tiene derivaciones de suma importancia para nuestro sistema legal. La primera es que los derechos humanos, en sentido genérico y los derechos del consumidor en sentido particular, tienen mayor jerarquía y mayor tutela en nuestro ordenamiento.
12. Esto determina que cualquier conflicto legal entre una norma que regula sobre esos derechos humanos con otra norma, general o especial, deberá ser resuelto en favor de la norma que conceda más y mejores derechos a la persona

afectada.

Notas al pie:

1) Art. 3 LDC. Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N.º 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. 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.

2) Art. 1094 CCyC. 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.

3) Art. 1061. Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe.

4) Ricardo L. Lorenzetti. Consumidores..., pg. 49.

5) Flores, Lorena Romina el Giménez, Mareelino Osvaldo s/ daños y perjuicios, CSJ, 6-06-2017, 678/2013 (49-F) /CS1.

6) Buffoni, Osvaldo Ornar el Castro, Ramiro Martin s/ daños y perjuicios, CSJ, 8-04-2014, B. 915. XLVII. Recurso de hecho Considerando 9: Que sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Código Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Código Civil, voto del juez Lorenzetti en la causa "Cuello" y Fallos: 330:3483)..

Buffoni, Osvaldo Ornar el Castro, Ramiro Martin s/ daños y perjuicios, CSJ, 8-04-2014, B. 915. XLVII. Recurso de hecho Considerando 12: Que no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (M.1319.XLIV "Martínez de Costa, María Esther cl Vallejos, Hugo Manuel y otros si daños y perjuicios", fallada el 9 de diciembre de 2009.

7) Díaz, Graciela Luisa c/ Evangelista, Jorge Daniel Pascual y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte), Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 12/06/2018, La Ley, 27/06/2018, La Ley, 2018-C, 473, Cita Online: AR/JUR/22795/2018.

8) Ver: Shina, Fernando, El Caso Buffoni. La resucitación de la Autonomía de la Voluntad. La regresión de la Corte Suprema. Del milagro bíblico al anacronismo jurídico, Buenos Aires, elDial, 5 -09-2016, Citar: DC1D77; y Shina, Fernando, Los estados regresivos y la neurosis jurídica. La Corte Suprema y la regresión judicial, Buenos Aires, elDial, 3/11/2017, DC2431.

9) Pocas cosas nos resultan más atrasadas y contrarias al régimen republicano que la identidad entre las personas que redactan las leyes y las que, finalmente, deben interpretarlas para declararlas fieles o infieles a la Constitución Nacional. Nuestro subdesarrollo, lamentablemente, es sistémico y abarca todos los estamentos de la sociedad. Nos llevará décadas revertir esta penosa situación de debilidad institucional.

10) En cambio, 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. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en 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. La definición que surge del texto constituye una propuesta de modificación de la ley

especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las "Prácticas abusivas" toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable. (Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p 318).

11) Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017.

12) Anticipando nuestra postulación de un pensamiento favorable hacia una aproximación teórica y normativa de los derechos de los consumidores y los derechos humanos, no podemos dejar de advertir la dificultad que entraña la tipificación, como derechos humanos, de muchos de los valores que procuran tutelarse en el derecho de los consumidores. No podemos desconocer que una exagerada amplitud de los derechos humanos podría, en vez de fortalecerlos, debilitarlos. La admisión imprudente de nuevos derechos, con esa categoría, podría crear un clima perjudicial en términos de valor y vigencia de los derechos humanos existentes. Por lo tanto, la proclamación de nuevos derechos humanos, sólo puede justificarse cuando la necesidad sea suficientemente importante y cuando la probabilidad de aceptación por parte de la comunidad internacional sea intensa. (Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

13) <https://www.un.org/development/desa/es/news/social/international-day-address-poverty.html>, fecha de captura, 18-07-2018.

14) Art. 75 CN: Corresponde al Congreso: ... 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

15) En segundo lugar, las nuevas Constituciones abrazaron de modo muy decisivo un compromiso con los derechos humanos. La causa constitucional de los derechos humanos es de enorme importancia porque expresa la reconciliación de partes significativas de la intelectualidad latinoamericana con las "listas de derechos" que habían despreciado durante décadas -muchas veces, por razones ideológicas vinculadas con resabios del viejo marxismo. Fundamentalmente, luego de la crudelísima oleada de dictaduras que azolaron a la región en los años 70, comenzó a reconocerse en los ámbitos más diversos la necesidad de dar una protección amplia y efectiva a derechos humanos básicos... En la actualidad, otorgan estatus constitucional o supralegal a los tratados de derechos humanos: Argentina art. 75 inc. 22; Bolivia art. 256; Brasil art.5; Colombia art.93; Costa Rica art.7; Ecuador art. 417; El Salvador art. 144; Guatemala art. 46; Honduras art.18; Paraguay art. 141; Perú art. 56; República Dominicana art.74; Venezuela art.23. (Dulitzky 1998; Rossi & Filippini 2010).

Gargarella, Roberto, Constituciones con "dos almas". Poderes y derechos en el constitucionalismo latinoamericano, Suplemento Const., 2015, (agosto), 11/08/2015, 31 - LA LEY2015-D, 954, Cita Online: AR/DOC/2304/2015.

16) Inmediatamente después de la recuperación de la democracia...el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso Nacional los proyectos de aprobación de la mayoría de los tratados internacionales ... El Congreso trató la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José de Costa Rica).

La ley resultante, la 23.054, fue promulgada ... (Sabsay - Manili, Constitución de la Nación Argentina, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, T° 5, p.

Nota del Autor: La ley 23.054 fue publicada en el Boletín Oficial el 27 de marzo de 1984.

17) Sabsay - Manili, Constitución de la Nación Argentina, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, T° 5, p. 44.

18) Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial...T° I, p.23.

19) Manili, Pablo L, El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte a veinte años de la reforma constitucional, en: SJA 20/08/2014, 20/08/2014, 110, Cita Online: AP/DOC/1104/2014.

20) Ábalos, María Gabriela, Los tratados como fuentes del Código Civil y Comercial y los dilemas que plantea el control de convencionalidad, en: RCCyC 2016 (agosto), 17/08/2016, 21, Cita Online: AR/DOC/2303/2016.

21) Lo primero que hay que analizar cuando nos toca examinar una confrontación normativa es la cercanía que cada texto legal tiene con la Constitución Nacional. Un ejemplo actual y repetido se da cuando la ley de defensa del consumidor (n° 24.240) choca con la ley de seguros (n° 17.418). Esa puja, pensamos, debe ser resuelta en favor de la ley de los consumidores. En otro trabajo dijimos: Pero debe quedar en claro que, en caso de colisión verdadera, la preeminencia le corresponde a la ley 24.240. En primer lugar, porque es la solución expresamente prevista en el art. 3 de la LDC... En segundo lugar, conforme lo dispone el art. 42 de la Const. nacional, las relaciones de consumo tienen un privilegio constitucional del que no gozan otras actividades. Las leyes que regulan derechos constitucionales, en principio, prevalecen sobre aquellas que regulan derechos ordinarios. La cercanía de la ley de defensa de los consumidores con la Constitución Nacional es lo que determina su mayor jerarquía; y la condición de orden público prescripta en el art. 65 LDC, enfatiza ese rango privilegiado dentro del ordenamiento. Cuando dos normas concursan, y solo una de ellas es de orden público y tiene por objeto derechos constitucionales, no es dudoso determinar que triunfará en el enfrentamiento. (Shina, Fernando, La ley de defensa del consumidor v. la ley de seguros. El insustancial diálogo de fuentes y los empates jerárquicos. La solución constitucional, Buenos Aires, Diario DPI, n° 115, 2 de mayo de 2017).

22) Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017.

23) Cabe insistir que no se registra jurisprudencia directa de la Corte IDH ni del TEDH direccionada a la protección explícita de los derechos de los consumidores así considerados. La apuntada ausencia de labor pretoriana, en pos de la tutela "consumerista" -en los máximos organismos americano y europeo de resguardo de los derechos humanos- es forzosa consecuencia de la aludida falta de convenciones expresas sobre derechos de los consumidores. (Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

24) Gargarella, Roberto, Constituciones con "dos almas". Poderes y derechos en el constitucionalismo latinoamericano, Suplemento Const., 2015, (agosto), 11/08/2015, 31 - LA LEY2015-D, 954, Cita Online: AR/DOC/2304/2015.

25) Artículo 25. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

26) Diario Infobae, 5 de junio de 2015, <https://www.infobae.com/2015/06/05/1733496-informe-deficit-habitacional-la-argentina/>, fecha de captura: 22-07-2018.

27) Fuente, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2017/12/aumenta-la-pobreza-en-america-latina-revela-comision-economica-para-america-latina-y-caribe/>, fecha de captura: 22-07-2018.

28) Gargarella, Roberto, Constituciones con "dos almas". Poderes y derechos en el constitucionalismo latinoamericano, Suplemento Const., 2015, (agosto), 11/08/2015, 31 - LA LEY2015-D, 954, Cita Online: AR/DOC/2304/2015.

29) Sabsay - Manili, Constitución de la Nación Argentina, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, T° 5, p. 92 y 93.

30) Sagües, Néstor P., en Sabsay - Manili, Constitución de la Nación

Argentina..., T° 5, p. 38.

31) Manili, Pablo., en Sabsay - Manili, Constitución de la Nación Argentina..., T° 5, p. 95.

32) Artículo 29. Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella ;b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, yd) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

33) Este principio ha sido definido como la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana una vez que el Estado así lo ha hecho en un instrumento internacional. (Manili, Pablo., en Sabsay - Manili, Constitución de la Nación Argentina..., T° 5, p. 90).

34) Manili, Pablo., en Sabsay - Manili, Constitución de la Nación Argentina..., T° 5, p. 90.

35) Manili, Pablo., en Sabsay - Manili, Constitución de la Nación Argentina..., T° 5, p. 90.

36) A priori, la derogación o reducción de derechos vigentes contradice el compromiso estatal asumido al suscribir los tratados de derechos humanos. Es que, la no regresividad está implícita en los pactos de derechos humanos como deber negativo inherente a las obligaciones positivas que acompañan a los derechos fundamentales. Cualquier medida regresiva requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada rigurosamente. Pero aún bajo un estricto escrutinio, no todo retroceso es necesaria y objetivamente ilegítimo, ya que pueden mediar causales políticas o legislativas de justificación de la reforma, en principio, restrictiva. (Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

37) Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

38) La conclusión llega del principio de progresividad de los derechos humanos que ha modificado el sistema de interpretación del Derecho dando lugar a una regla preferente: pro homine, que significa que, cada Estado Parte, asume el compromiso de respetar los derechos y deberes habidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y garantizar su pleno ejercicio, acatando en situaciones de conflicto interno, la jurisprudencia interpretativa que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Gozáini, Osvaldo Alfredo, en Sabsay - Manili, Constitución de la Nación Argentina..., T° 2, p. 385).

39) Sobrino, Waldo Augusto, 3 de Julio de 2017, www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF170276.

40) Asimismo, es del caso señalar que esta construcción, que alude a la progresividad de los derechos humanos complementada con la prohibición de regresividad, tiene apoyo normativo en el art. 26 de la CADH.

Artículo 26. Desarrollo progresivo Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

41) GONZALEZ, Encarnación Rosaura vs. PARANA Seguros S.A. s/ daños y perjuicios, Cámara 2a de Apelac. Civ. Com., Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 13/04/2018, LA LEY 02/07/2018, 02/07/2018, 9,Cita Online: AR/JUR/18309/2018.

42) Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

43) Conforme una segunda interpretación, existe un debido proceso si éste

está construido de modo tal que, además de asegurar la efectividad de las garantías, se logren obtener decisiones justas. Desde esta óptica no es posible reducir la justicia de la decisión a la corrección del procedimiento del que ella se deriva. La justicia de la decisión depende de la concurrencia conjunta y necesaria de las siguientes condiciones: a. que la decisión sea el resultado de un proceso justo, en el que se hayan respetado las garantías procesales, b. que haya sido correctamente interpretada y aplicada la norma que ha sido asumida como criterio de decisión, pues no puede ser considerada justa una decisión que no haya sido dictada conforme a derecho y c. que se funde en una determinación verdadera de los hechos de la causa, ya que ninguna decisión puede ser justa si se funda en hechos erróneos. (De los Santos, Mabel, El debido proceso ante los nuevos paradigmas, Buenos Aires, La Ley 2012-B, 1062).

44) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Buenos Aires, La Ley, 01-01-207, Citar online: AR/DOC/9055/2001.

45) De los Santos, Mabel Alicia, Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, 15/11/2017, Cita Online: AR/DOC/2684/2017.

46) Lorenzetti, Ricardo Luis, Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, La Ley, 23-04-2012, Citar online: AR/DOC/1931/2012.

47) En este punto conviene aclarar nuevamente que la primacía no deviene del simple hecho de tratarse de un acuerdo internacional, porque no todos los tratados en los que el Estado Argentino es parte alcanzan esa jerarquía supralegal en nuestro ordenamiento. énicamente logran ese escalafón, como bien señala Gozaíni, los acuerdos internaciones que versan sobre Derechos Humanos: Obsérvese que no decimos supremacía de las normas constitucionales sino de aquellas que están en un escalón más arriba, es decir, las normas fundamentales sobre derechos humanos. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, en Sabsay - Manili, Constitución de la Nación Argentina..., T° 2, p. 387).

48) Lorenzetti, Ricardo Luis, Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, La Ley, 23-04-2012, Citar online: AR/DOC/1931/2012.

49) En sentido similar, Juan Formaro sostiene que, La referencia a la Constitución Nacional es innecesaria. La supremacía constitucional está claramente establecida en el art. 31 de la CN y aunque no figurara en el Código Civil la cláusula 'conforme a la Constitución Nacional', es obvio que las leyes para ser válidas en el ordenamiento jurídico argentino deben ser conformes a la norma suprema. (Bueres, Alberto J, (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, T1 A, p. 46).

50) Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial...T° I, p.19.

51) Garrido Cordobera, Lidia M. R., La perspectiva constitucional de los contratos, LA LEY 27/02/2018, 27/02/2018, 1 - LA LEY2018-A, 1045, Cita Online: AR/DOC/198/2018.

52) El art. 2° incorpora entre los elementos a tener en cuenta en la interpretación del derecho, lo dispuesto por los tratados de derechos humanos. La referencia es coincidente con lo establecido con el art. 1° y con la ubicación que la reforma constitucional de 1994 reconoció a estos tratados en el ordenamiento jurídico argentino, incorporando algunos de ellos con rango constitucional (art. 75, inc. 22). (Rubio Ferreira, Delia en Bueres, Alberto J, (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, ... T1 A, p. 51.

53) Sabsay, Daniel, El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad, LA LEY 28/03/2013, 28/03/2013, 1 - LA LEY2013-B, 944, Cita Online: AR/DOC/1197/2013.

54) Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial...T° I, p. 10 y 11.

55) Esa nueva manera de concebir el derecho genera una relación ineludible de la norma codificada con la Constitución y los tratados internacionales, otras leyes aplicables, jurisprudencia, usos y costumbre, de modo que quien aplica la ley debe interpretar el conjunto normativo y explicitar fundadamente cómo llega a la solución del caso en análisis. También, en cuanto al rol del juez, se deja definitivamente de lado el modelo de juez árbitro, propio del sistema adversarial, y se lo sustituye por el denominado activismo judicial. (De los Santos, Mabel Alicia, Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, 15/11/2017, Cita Online: AR/DOC/2684/2017).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 23 DE OCTUBRE DE 2018

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.2, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.957, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.959, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1021, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1022, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1061 al 1068, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1094, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.2561, Constitución Nacional Art.75, LEY 17.418 Art.109, LEY 17.418 Art.118, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.50, LEY 26.361, Ley 23.054 Art.29*

Las conductas anticompetitivas en el mercado del software tecnológico. Defensa del Consumidor y Defensa de la Competencia

POCIUS, NADIA ALEJANDRA

Publicación: www.saij.gob.ar, 5 DE SETIEMBRE DE 2018

TEMA

TECNOLOGIA DE LA INFORMACION-SOFTWARE-CONSUMIDORES-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-DEFENSA DE LA COMPETENCIA-LIBRE COMPETENCIA

TEXTO

Abstract.

El mercado del software tecnológico acompaña el crecimiento de una sociedad de consumo que lo exige, tanto para el trabajo formal como para simples tareas recreativas. Por ello es que, independientemente de la capacidad técnica del individuo, todos somos consumidores de tecnología, en mayor o menor medida, conscientes o inconscientemente.

A través de un hecho tan simple como la contratación de Licencias de Software, conferimos nuestro consentimiento sin advertir verdaderamente cuál es el criterio de mercado para este tipo de transacciones. Se trata de una temática poco debatida, pero que afecta a la sociedad en su desconocimiento de la protección del consumidor y usuario en la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley de Defensa de la Competencia.

Surgen en el mercado informático conductas anticompetitivas que siempre cuestionamos, son prácticas que afectan al individuo.

Muchas veces, sin tener la oportunidad de advertirlo. Por la celeridad de las transacciones, por la costumbre, o por la misma adecuación de la oferta. Prácticamente hoy no existe la libre elección de sistemas y/o programas de software alternativamente al producto hardware. Compramos un aparato celular, una computadora o una Tablet de determinado fabricante con un sistema convenido en fábrica. No lo cuestionamos, (o sí?

Quienes tenemos un conocimiento básico e indispensable del uso de la tecnología, por supuesto que no ha de afectarnos que el celular tuviera "Android". Pero lo cierto, es que de a poco, permitimos que los acuerdos entre potencias industriales regulen nuestra conducta consumeril.

Con ánimo de propiciar el diálogo con nuevos conceptos propios del derecho informático, los invito a reflexionar acerca de Conceptos de Derecho Informático. Licencias de Software. Licencias de uso. Limitaciones en los derechos del Consumidor, las Compras "atadas". Obligaciones de producción y Comercialización en términos de Defensa de la Competencia el caso de Google sobre abuso de posición dominante y la libertad de Contratar frente a conductas anticompetitivas en el mercado de software tecnológico.

Las conductas anticompetitivas en el mercado del software tecnológico. Defensa del Consumidor y Defensa de la Competencia. Introducción.

"Hay dos casos posibles para cualquier programa: o los usuarios tienen el control del programa o el programa tiene el control de los usuarios. Cuando el programa tiene el control, el propietario también lo tiene, entonces, el programa es un instrumento para someter a los usuarios."

Richard Stallman (1).

Como hemos afirmado en otras instancias, el comportamiento del Consumidor, responde a los cambios económicos, a los nuevos desafíos emergen un mundo globalizado. Los mercados redirigen políticas y hábitos de consumo. La industria se diversifica, y quizás éste es nuestro principal eje temático.

La ingeniería del Software ha tomado un rol predominante, ya que las Tecnologías de la Información (TICos) requieren de ellas para transmitir, almacenar, convertir información en equipos y sistemas electrónicos de consumo masivo (celulares, tablets, computadoras, etc.) Adicionalmente a ello, una importante concentración económica se centra en el desarrollo de nuevas tecnologías, y por supuesto, la imposición en el mercado de una marca determinada.

La licencia de Software es un contrato entre licenciante y licenciado, confiriendo especial uso y particular acceso y/o disponibilidad de determinado programa informático. Si ello fuera de libre disponibilidad, acceso y elección, no estaríamos planteando este trabajo. Sin embargo, estas licencias suelen estar asociadas a determinada marca o fabricante de producto, a una práctica o requisito exigido en materia de seguridad en las comunicaciones, que sólo y únicamente podemos contratar con acotado margen de elección.

Desde la aparición y diversificación constante de la industria de la tecnología y las comunicaciones, el Software ha ido acompañando el desarrollo. Las redes sociales, la ubicación satelital en tiempo y espacio, un sinfín de aplicaciones son producto de esta ingeniería. La industria del software ha tenido un crecimiento explosivo, pero la concentración de Derechos de Autor en cada licencia, se reducen a unas pocas titulares que controlan el mercado.

Conceptos de Derecho Informático. Licencias de Software. Licencias de uso. Limitaciones en los derechos del Consumidor.

Sociedad de la Información y tecnología, son antecedentes propios del Derecho Informático. Si bien aún se trata de una rama en pleno desarrollo, tanto el derecho público y el derecho privado se ven relacionados con las fuentes del Derecho informático: datos informatizados, libertad informática, delitos informáticos en el ámbito público y contrastes informático (Software y Hardware) como la protección jurídica de los programas en el ámbito privado.

Mediante la Ley N° 26.692 (2) se prorrogó el Régimen de Promoción de la Industria del Software, consignando en su Artículo 1: "Créase un Régimen de Promoción de la Industria del Software que regirá en todo el territorio de la República Argentina con los alcances y limitaciones establecidas en la presente ley y las normas reglamentarias que en su consecuencia dicte el Poder Ejecutivo nacional, el que tendrá vigencia hasta el día 31 de diciembre de 2019. Aquellos interesados en adherirse al régimen instituido por la presente ley deberán cumplir con la totalidad de los recaudos exigidos por ésta."

Según se aclara, el objetivo del "Régimen de promoción del Software" es continuar fortaleciendo a un sector de la economía considerado estratégico para el desarrollo nacional, mediante el incremento del empleo calificado, las exportaciones, las actividades de investigación y desarrollo y los estándares de calidad. Asimismo, precepta para nuestro país el sistema predominante en los acuerdos internaciones suscriptos por la República Argentina, en cuanto brinda protección al software mediante la legislación de derechos de autor.

De acuerdo con nuestro ordenamiento local vigente, el software no puede ser protegido por el Derecho de Patentes, sino por el Derecho de Autor. Sin embargo, un sector de nuestra doctrina afirma que esta disposición de la normativa nacional contradice lo autorizado por el ADIPC (3), y que -siendo éste una norma superior a nuestra ley de patentes, conforme a nuestro marco constitucional- en caso de negarse el patentamiento de un programa podría solicitarse la declaración de inconstitucionalidad del art. 6 de la Ley 24.481.

La licencia de Software (4), es definida como un contrato entre dos partes: licenciante (desarrollador, autor o titular de los derechos de explotación y/o distribución de la misma) y el licenciatarío (usuario, consumidor, profesional o empresa) de determinado programa informático. Su utilización responde a términos y condiciones establecidas en las cláusulas, predeterminadas, y sin posibilidad de negociación. Pueden definirse plazos de duración, el territorio donde se aplica la licencia (ya que la licencia se soporta en las leyes particulares de cada país o región).

Resulta imprescindible a esta facultad conferida por el desarrollador/titular - Licenciante- a favor del licenciataro, la ostentación de GARANTIA. La misma asegura que cuenta con suficientes derechos para la explotación del software, lo que le permite actuar contractualmente, cumpliendo con proveer una licencia al licenciataro.

El consumidor encuentra dos posibilidades. La adquisición de Software Libre o Privativo. El primero, le permite como usuario total acceso y posibilidad de distribuirlo, modificarlo, utilizarlo. Ello garantiza las libertades necesarias que Richard Stallman considera de vital importancia por impulsar la cooperación y la solidaridad.

Por otro lado, el Software Privativo, que impide al usuario ejecutarlo, estudiarlo, modificarlo y copiarlo. Sin embargo, detenta una notoria facilidad en la adquisición, de programas más específicos para cualquier actividad o tarea, compatibilidad con el hardware y desarrollo de los programas al contar una mayor inversión, puesto que claro, son más costosos y hasta limitados en el tiempo.

La siguiente grilla refleja las equivalencias más comunes entre los Programas o Software "Libre" y "Privativo"(5).

Refleja la popularidad de algunas licencias de Software, y allí radica la cuestión. Industria, oferta, posibilidad de contratación. Acuerdos entre fabricantes y licenciante, lo que veremos en el capítulo siguiente, a través de un simple análisis de conductas.

VER GRAFICO.

Compras "atadas". Obligaciones de producción y Comercialización en términos de Defensa de la Competencia.

De la mano del desarrollo tecnológico, de la conducta de Oferta y Demanda, los usuarios satisfacen no sólo la necesidad de adquirir un bien, producto electrónico por cuestiones laborales, sino que hoy en día lo hacen por tendencia o modas de ocasión. Un celular, una computadora, una Tablet, etc.

Sin embargo, al acudir a un local comercial, nos encontramos con que cada marca de fabricación, indefectiblemente, cuenta con un sistema operativo determinado. Hace algunos años, la variedad o multiplicidad de opciones conjugadas era mayor, o al menos, probable.

Recientemente, una nota afirma que MICROSOFT DE ARGENTINA S. A. habría asegurado que legalmente no sería obligatorio que todas las notebooks y computadoras que se venden en los locales comerciales de electrodomésticos tuvieran Windows. Sin embargo, lo más importante radica en la información que se sucede a ello: "La definición del sistema operativo que lleva el equipo se determina a partir de un acuerdo entre partes. En Argentina no hay legislación al respecto"(6) Cuestión sumamente grave y preocupante.

Lo cierto es que las licencias de Software se comercializan a través de la misma adquisición del producto físico (computadora, celular, Tablet, etc.) quien lo compra no es legalmente dueño de la licencia en términos jurídicos propios, sino tan sólo de una licencia de uso. No puede modificarla, copiarla, y lo que es más preocupante al caso, anularla. Si bien muchas veces argumentan que "podríamos instalar una diferente" ello no es tan fácil. Ya que el producto físico adquirido se encuentra diseñado de fábrica para el funcionamiento redirigido con determinadas funciones acorde a la licencia de programa original en la venta. Ello significa no sólo una limitación a los derechos del consumidor, sino un abuso de parte dominante y un ejercicio en detrimento de la competencia leal en el mercado.

Como clientes nos conformamos en no exigir, conocer o siquiera preguntar las razones. Resulta ser una aceptación como en un contrato de adhesión, incuestionable. Imposible de negociación. Los acuerdos son unilaterales y el usuario no tiene más opción que aceptar o rechazar el contenido del mismo. Inviabilidad de alternativa posible, si el usuario pretende determinada marca de computadora, indefectiblemente contendrá el sistema operativo propio de un

acuerdo entre desarrollador y fabricante. Caso contrario, deberá elegir otra computadora, y así sucesivamente con productos análogos.

Si bien nos hemos acostumbrado a ello, debe aclararse que no es lo correcto. Nuestra Ley de Defensa de la Competencia Hace estudia varias denuncias por supuestos abusos en la comercialización de computadoras con software privativo. Puesto que configura una clara restricción a la competencia, y un ejercicio de la posición dominante. En otros países, tal como veremos en próximo capítulo, han avanzado en arduos cuestionamientos y en severas multas para contrarrestar el abuso de las principales marcas frente a la libertad de contratación, y/o diversificación de oferta en el mercado.

Nuestra legislación, con respecto a la Ley 25.156 y la recientemente sancionada nueva Ley de Defensa de la Competencia bajo el N° 27.442 (operativa desde el mes de Mayo del corriente) sostiene en su Artículo 2° "Constituyen prácticas absolutamente restrictivas de la competencia y se presume que producen perjuicio al interés económico general, los acuerdos entre dos o más competidores, consistentes en contratos, convenios o arreglos cuyo objeto o efecto fuere: a) Concertar en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado; b) Establecer obligaciones de (i) producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, y/o (ii) prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios..." lo que citamos en concordancia a nuestro análisis.

Continúa el Art. 3° del mismo ordenamiento estableciendo cuáles son aquellas prácticas restrictivas de la competencia, en su parte pertinente al análisis que nos convoca: "...f) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien..." Mientras que el Capítulo II, se dedica especialmente a referir cuestiones "De la posición dominante".

Hasta aquí y en pocas palabras de análisis de situación, bien debemos afirmar que estamos frente a circunstancias que no configuran sólo una "venta atada" en términos promocionales, o bien propios de la dinámica consumeril abstracta, sino que resulta aún más grave. No hay opciones de mercado que nos permitan adquirir un bien de las características enunciadas, sin quedar a merced de los acuerdos privados de las grandes empresas de hardware y software. Del convenio que silenciosamente suscriba Apple, Windows, Android y etc.

No resulta fácil elegir el software de sistema para una computadora o un celular, es más, estamos en condiciones de decir que es prácticamente imposible. Las estanterías de los comercios se encuentran adecuadas a ello. Las publicidades, las ofertas dirigidas a la venta incondicional de marca fabricante y licenciante que se convierten en el predominio de un sistema impuesto donde la competencia no encuentra espacio posible ni probable.

La Comisión Europea y Google sobre abuso de posición dominante. Sistema Android.

La Dirección General de Competencia de la Unión Europea, conjuntamente con autoridades nacionales adheridas, se ocupa de aplicar directamente la normativa europea de competencia (7) garantizando la competencia empresaria de acuerdo a mérito y condiciones justas y equitativas, de ésta manera y conforme su texto de presentación: "los mercados funcionen mejor, lo que beneficia a los consumidores, las propias empresas y el conjunto de la economía europea".

Recientemente, afirmó que la firma Google impone tres tipos de restricciones "para asegurar que el tráfico de los dispositivos Android va al motor de búsqueda" de la compañía, lo que a entendimiento de la Comisión "ha negado a los rivales la posibilidad de innovar y competir por sus méritos" y, por ende, privado a usuarios y consumidores, "los beneficios" de tal competencia.

Ello afecta notoriamente a los potenciales competidores si, además, mencionamos que Google habría exigido a los fabricantes que preinstalasen sus

servicios de búsqueda (Google Search) y su navegador (Google Chrome) como condición para otorgarles la licencia de uso de su tienda de aplicaciones conocida como "Play Store". La decisión de la Comisión Europea de Competencia va dirigida a Google y a Alphabet, su matriz.

Consigna una nota periodística de un diario local de nuestro país: "Por aprovechar la posición dominante de su sistema operativo para teléfonos inteligentes y tabletas Android para favorecer sus propias aplicaciones, como su motor de búsqueda, la Comisión Europea sanciona a Google con 4.342 millones de euros de multa (unos 5.046 millones de dólares)"(8).

Si bien Android es un sistema abierto ofrecido sin costo por Google a los fabricantes de dispositivos móviles, obtiene beneficios al preinstalar un 'pack' con hasta cuarenta (40) aplicaciones propias. La sanción pretende eliminar la obligatoriedad de los "packs" preinstalados.

La libertad de Contratar frente a las conductas anticompetitivas en el mercado de software tecnológico.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra la libertad de contratar como presupuesto de autonomía. Constitucionalmente, el Art. 19 "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" por supuesto que ello reconoce su límite en cuestiones de orden público, moral, buenas costumbres y derechos de terceros, en estrecha relación con el Artículo 958 del Código Civil y Comercial "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".

En idéntico sentido, y vinculado a la temática del presente trabajo, el Art. 42 de la Constitución Nacional dispone "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo ... a la libertad de elección... 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..." El Artículo 1099 del Código Civil y Comercial establece "Libertad de contratar. Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo". Estableciendo así la prohibición genérica a toda práctica que limite o afecte los derechos de consumidores y usuarios a la hora de contratar.

Las normas protectorias del Código Civil y Comercial, la Ley de Defensa de la Competencia, Ley de Defensa del Consumidor y leyes especiales, pretenden resguardar al sujeto de técnicas de venta agresiva, prohíben cláusulas y situaciones jurídicas abusivas que pudieran restringir su libertad a elegir. Afortunadamente, nacionalmente nuestro ordenamiento tiene la facultad de sistematizar las conductas anticompetitivas, proteger al usuario, consumidor y al sistema mismo. Sin embargo, la dinámica de mercado nos pone frente a desafíos contemporáneos a los cuales debemos controlar, y no ser controlados.

Mientras que las empresas fabricantes y/o licenciantes de software realizan maniobras privadas (ajenas al consumidor final) sostienen que quienes optaran por utilizar un software diferente, podrían poner en riesgo su información debido a la presencia de virus informáticos o "malware", como lo denominan en la jerga propia del mundo de sistemas. Ello podría ocasionar problemas técnicos, costos operativos y de gestión, etc.

Si bien es cierto, también lo es el hecho de poder elegir sistemas especialmente diseñados para prevenir y/o solucionar cuestiones relacionadas a la invasión en nuestros datos o daños posibles generados (en materia de sistemas).

Lo importante a señalar, es principalmente esto, la libertad de elegir. La

facultad de optar entre distintas propuestas de mercado, de recibir la información, la oferta, y poder decidir qué producto, cuándo y cómo lo queremos. Incluso poder comprar un equipo con software libre o sin sistema operativo alguno, o sea, "vacío".

Diego Accorinti, coordinador nacional de FLISoL Argentina (9) sostiene: "el mercado no ayuda a sus usuarios, porque las prioridades las define la rentabilidad. El software libre prioriza al usuario y lo hace con sustentabilidad, inclusión y libertad".

Hoy en día, los principales programas del mercado son privativos. Se trata de los más conocidos, los que habitualmente empleamos. Los grandes monopolios han sido -mayormente- la única opción posible, generando inevitablemente una confianza, puesto que tampoco hay comparación ni alternativa suficiente.

Conclusiones.

La conducta de los mercados, como bien hemos afirmado, redirige el consumo de los usuarios y consumidores. Hemos afirmado la controversia que se ha generado en cuanto al Software libre y el Software privativo. Si bien sobre ello no hay definiciones concretas, puesto que se trata de una lucha de intereses contrapuestos, vislumbramos las aristas de negociación tras la escena.

El trabajo realizado por las distintas instituciones en defensa del Consumidor, y más aún, en defensa de la Competencia, nos da cuenta del posible cambio. Comparar, estudiar, elegir nuestros productos y sus características (lógicas) de funcionamiento, se vislumbra como próxima alternativa.

El sistema operativo libre está en continuo crecimiento. La mejora en la calidad, el ahorro en adquisición de licencias, las nuevas tecnologías y la seguridad de la información, han sido pilares para favorecer a su elección. Representa hoy una opción alternativa que impulsa el desarrollo, la innovación y la transformación en términos económicos y también socio culturales.

Notas al pie:

1) Richard Stallman, programador estadounidense de enorme trascendencia por ser el creador del proyecto GNU, sistema operativo completamente libre, mundialmente conocido, planteando la necesidad que el software respete la libertad de los usuarios.

2) PROMOCION DE LA INDUSTRIA DEL SOFTWARE Ley 26.692 Modifícase la Ley N° 25.922. Sancionada: Julio 27 de 2011 Promulgada: Agosto 17 de 2011.

3) ADPIC: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC o, en inglés, TRIPS), es el Anexo 1C del Convenio por el que se crea la OMC firmado en 1994. En él se establece una serie de principios básicos sobre la propiedad intelectual tendientes a armonizar estos sistemas entre los países firmantes y en relación al comercio mundial.

4) Alegsa.com.ar - Definición de Licencias de Software - (25-07-2018) url: <http://www.alegsa.com.ar/Dic/windows.php>

5) Vera C. "(Software Libre? (Privativo? Qué son y qué diferencias hay" Consultado 25/07/2018. Recuperado de: <https://infoticstudio.com/software-libre-privativo-diferencias/>

6) Perazo C. "(Se puede elegir el Sistema Operativo al comprar una computadora? (Es legal que no se ofrezcan alternativas en los negocios?" 15/09/2017 Recuperado de: <https://www.derechoenzapatillas.org/2017/compras-atadas-en-tecnologia-legales/>

7) Artículos 101-109 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE). 8) Fuente AFP "Desde Google a Microsoft: las 5 mayores multas impuestas por Bruselas por abuso de posición dominante" 18/07/2018 - Diario Clarín. Recuperado de https://www.clarin.com/mundo/google-microsoft-mayores-multas-impuestas-bruselas-abuso-posicion-dominante_0_H13pWh3Qm.html 9) El Festival Latinoamericano de Instalación de Software Libre (FLISoL) se realiza desde el año 2005 y desde el 2008 se adoptó su realización el 4to Sábado de abril de cada año. La entrada es gratuita y su principal objetivo es promover el uso del software libre, dando a conocer al público en general su filosofía, alcances, avances y desarrollo.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 5 DE SETIEMBRE DE 2018
:
Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.958, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1099, Constitución Nacional Art.19, Constitución Nacional Art.42, LEY 25156, LEY 26.692, LEY 27.442, LEY 24.481 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 260/96 Art.6*

REF. BIBLIOGRAFICAS

-CHAMATROPULOS, D. A. "Impacto del Código Civil y Comercial en la regulación del deber de información vigente en las relaciones de consumo (más algunos aspectos adicionales.)" Publicado en: RCCyC 2016 (diciembre), 16/12/2016, 18 Cita Online: AR/DOC/3860/2016. Recuperado de:

<http://thomsonreuterslatam.com/2017/02/impacto-del-codigo-civil-y-comercial-en-la-regulacion-del-deber-de-informacion-vigente-en-las-relaciones-de-consumo-mas-algunos-aspectos-adicionales/> .

-PERAZO C. "(Se puede elegir el Sistema Operativo al comprar una computadora? (Es legal que no se ofrezcan alternativas en los negocios?" 15/09/2017 Recuperado de: <https://www.derechoenzapatillas.org/2017/compras-atadas-en-tecnologia-legales/>.

-LORENZETTI Ricardo Luis, Consumidores, Rubinzal Culzoni Editores, 2009.

-MOISSET DE ESPANÉS L. y María del Pilar Hiruela de Fernández. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE. Recuperado de www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artsoftware/at_download/file.

-RABINO MARIELA C, "El contrato de consumo con elementos internacionales", SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA (Id SAIJ: DACF180106) 12/06/2018 Recuperado de www.saij.gob.ar.

-STALLMAN Richard (1996) "El derecho a leer". Traducción del Inglés. Recuperado de: <http://www.gnu.org/philosophy/right-to-read.es.html> .

-SERGIO "Compras atadas en tecnología, (Legales?" 15/09/2017 Recuperado de: <https://www.derechoenzapatillas.org/2017/compras-atadas-en-tecnologia-legales/>.

-VERA C. "(Software Libre? (Privativo? Qué son y qué diferencias hay" Consultado 25/07/2018. Recuperado de: <https://infoticstudio.com/software-libre-privativo-diferencias/>.

-FUENTE AFP "Desde Google a Microsoft: las 5 mayores multas impuestas por Bruselas por abuso de posición dominante" 18/07/2018 - Diario Clarín. Recuperado de https://www.clarin.com/mundo/google-microsoft-mayores-multas-impuestas-bruselas-abuso-posicion-dominante_0_H13pWh3Qm.html.

-UNIVERSO JUS. Diccionario de Derecho. <http://universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado>.

Función social del régimen jurídico del consumo a la luz de la teoría crítica del derecho

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 20 DE JULIO DE 2018

TEMA

RELACION DE CONSUMO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Resumen. La denominada 'teoría crítica' ofrece un conjunto de estándares epistemológicos tendientes a promocionar una visión adecuada del derecho, a la luz de las tesis que propone respecto de la función social del mismo. Este trabajo procura sondear, liminarmente, la posibilidad de aplicar tales criterios al derecho del consumo, en particular.

1. Ante las pretendidas 'insuficiencias' de las corrientes jurídicas del iusnaturalismo y del iuspositivismo, se yerguen las denominadas teorías "alternativas" del derecho, en particular, la 'teoría crítica', en sus diversas manifestaciones (1). Ésta última reprocha, a aquéllas, la prescindencia de tres aspectos o 'categorías' jurídicas que las mismas habrían descuidado en su tratamiento del derecho, a saber: a) su 'historicidad'; b) su 'ideología'; c) las 'relaciones de poder' (2); ello así, entroncando en la línea de la llamada 'función -o papel- social del derecho'.

2. En efecto, frente a las llamadas tesis jurídicas "estructurales", preocupadas por el estudio de la ordenación "lógico-metodológica" del derecho - es decir, de la estructura 'jurídica', con particular referencia a la norma y al sistema jurídico-, se ubican las tesis "funcionales", que abordan el derecho vinculado a la configuración 'social' -esto es, respecto de los 'fines sociales del derecho' referidos, en particular, a "la previsibilidad necesaria para el desarrollo del sistema social"- (3); con una visión "multidimensional" del fenómeno jurídico y con especial mención a las "funciones que lo asocian al cambio social" (4).

3. Ante la "unidimensionalidad" -coincidente, en último análisis- que presentan las tesis del derecho natural y las del positivismo jurídico, y el enfoque "normativista" de ambas -en cuanto a que las mismas parten de ciertos 'supuestos' de análisis: "principios evidentes" en el iusnaturalismo, "dogmas", en el iuspositivismo-, de carácter 'racionalista/deductivo' -"ideal" en la primera, "real/positivo" en la segunda- (5), ante esto, digo, se alzan las teorías jurídicas "alternativas" a esos enfoques, en particular, las teorías "críticas" (6). Ocurre que, frente a la pretendida expurgación del derecho -por parte, en particular, de la 'teoría pura del derecho' (KELSEN)- de todos esos ingredientes o componentes "que generalmente lo acompañan y que de alguna manera son constitutivos de su realidad esencial", la teoría crítica, "para descubrir el derecho en su genuina y auténtica especificidad (sostiene que) es menester considerarlo acompañado precisamente" de esos elementos: "la política, la moral, la facticidad, la valiosidad, la economía, entre muchos otros" (7). Precisamente, la teoría en comentario define 'derecho' como "una práctica social específica, de naturaleza discursiva, en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación económico social determinada" (8); la relación entre derecho y estructura sociales es evidente en el concepto vertido.

4. Nótese que esta "multidimensionalidad" que presenta el fenómeno jurídico, se traslada al cuerpo de conocimientos que a él se refiere -jurística-, cuyo status epistemológico se torna, así, multifacético (9). En efecto, en tanto "las normas jurídicas...son susceptibles de ser reunidas en 'sistemas' (introduciendo) al operador jurídico en un ámbito de 'estructuras formales'", se impone su tratamiento, como "en cualquier sistema 'deductivo'" con un "criterio racional"; pero el derecho, además e indudablemente, se inserta en un cierto "marco social" (10), punto "de referencia constante en la

interpretación y aplicación de la normativa jurídica vigente"; y, sin perjuicio de que "las normas jurídicas, en cuanto a su existencia, son datos 'empíricos' que "están ahí" -por decirlo así-... se trata de 'realidades tangibles'". Por lo demás, sabido es que el derecho es 'obra humana' y, como tal, 'objeto cultural', que requiere de "la vivencia, expresión y en particular comprensión" para su aprehensión, mediante herramientas particulares -no necesariamente "causalistas"- para tal fin (11). Desde el pensamiento 'dialéctico', a su vez, se nos advierte acerca de la 'multilateralidad' de los fenómenos con referencia a su abordaje gnoseológico, enfocando "sus diversos nexos con otras cosas, el sistema de sus relaciones con ellas"; de donde surge que debe atenderse a "las condiciones necesarias de su existencia...en sus conexiones y relaciones" (12).

5. Ahora bien, como recordé 'supra', las teorías críticas, en el marco de la función social del derecho, hacen hincapié en el tratamiento de tres datos temáticos que lo integran -desdeñados, según afirman, por otras corrientes del pensamiento jurídico-, referidos a la historia, la ideología y el poder subyacentes. La 'historicidad' del derecho se despliega en dos frentes concurrentes: el temporal y el espacial; la historicidad del derecho desde el punto de vista 'temporal', se verifica constatando las variantes que se dan, a través del tiempo, en los distintos institutos jurídicos en particular, y en los ordenamientos normativos globales, en general; así, p. ej., se han señalado condicionamientos de tipo histórico-sociales en la evolución del Derecho romano: desde "una fisonomía rígida, de aplicación cerrada y llena de solemnidades" que reúne en sí al derecho 'quirritario' con el 'civil' y el 'romano' propiamente dicho, respondiendo a un conjunto de poblaciones clánicas, geográficamente reducidas -y, así, condicionadas-, hasta llegar a un derecho 'de gentes' plenamente absorbido por el derecho civil, situación que "coincide con la universalidad geográfica de Occidente del siglo II de nuestra Era: la cuenca mediterránea íntegramente romana" (13); con mayor razón aún, puede argüirse a favor de la mentada historicidad del derecho considerando el desarrollo de las instituciones y los ordenamientos jurídicos, transcurridos ya dos milenios de n.e. Pero, no sólo se puede discurrir acerca de la influencia de múltiples factores en nuestra materia desde un punto de vista 'histórico-temporal' -como queda dicho- sino que cabe hacerlo, además, en perspectiva 'espacio-territorial'; en efecto, valgan como muestra, v. gr., las variables que se advierten en contextos culturales, étnicos y jurídicos diversos, dentro de un mismo marco territorial global (14), o los casos de ordenamientos 'procesales' locales -como los nuestros-, o, incluso, "de fondo" -como en ciertos Estados de EE.UU-. En suma: existiría una suerte de "espacio-tiempo" en el devenir jurídico que constata la mentada historicidad, en los términos que la teoría crítica del derecho señala.

6. A su turno, la corriente de pensamiento jurídico en comentario, formula imputaciones sobre el factor 'ideológico' que acusa, de las que -según sostiene- las tesis tradicionales en la materia no se hacen cargo; en este sentido, se refiere al derecho -en tanto práctica social- como un 'discurso ideológico', "que produce y reproduce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los otros hombres"; se trataría de "un discurso constitutivo, en el sentido de que transforma la realidad" (15). Así, p. ej., se hace referencia a circunstancias tales como la construcción de ciertos tipos de "sujetos de derecho", o a la mentada "igualdad ante la ley", o a que "el derecho es conocido por todos", etc., siendo que las mismas resultan, o una construcción del propio ordenamiento jurídico, o una presunción no comprobada en la realidad, o, en fin, una mera ficción legal.

Ello así ya que, "sujeto de derecho" es aquel que el derecho positivo dice que es; no todos somos iguales -ni siquiera ante la ley-, ya que existen desigualdades efectivas, reales; y, el conocimiento del derecho -id est, de la norma jurídica- suele constituir un "oligopolio" intelectual, portador del saber y, con ello, "un instrumento de poder en la sociedad contemporánea" (16).

7. Por último, en esta breve introducción general, resta referirse al tratamiento que, según las teorías alternativas de tendencia crítica, debería darse a la temática vinculada con las 'relaciones de poder' que el derecho expresa; éstas se encuentran en conexión con las circunstancias comentadas en

el apartado anterior, ya que el derecho -en tanto discurso ideológico- "al proponernos como libres iguales disimula nuestras servidumbres" (17), "opacando" las relaciones de poder desigual que se dan en la estructura social a la que sirve el ordenamiento normativo positivo. Sin embargo -en oposición a cierta doctrina de inspiración marxista "ortodoxa" (Lenin)-, otros pensadores -del mismo signo ideológico básico (Althusser, Gramsci)-, sostienen que, además, la relación de poder implica un vínculo de 'similar gravitación' entre dominante y dominado, de modo tal que éste último no puede ser eliminado, lisa y llanamente, por aquél: el primero, para ejercer su poder, necesita de la presencia del segundo; así, se daría un juego de "negociación" y "reformulación" del vínculo, que admite la posibilidad de conducirse en "un sentido progresivo"; siendo que, por lo demás -siguiendo a Foucault- el poder se da en "una relación históricamente definida" (18), circunstancia que nos conecta con el factor "historicidad" del derecho referida en el apartado 5, 'supra'.

8. Y bien, puede advertirse, sin mucho esfuerzo, que estos factores integradores del conocimiento jurídico -según la teoría alternativa referida- aplican en materia de derecho del consumo como tal. En efecto, se constatan circunstancias relativas al "historicismo" de nuestra materia, tanto como aspectos vinculados con la "ideología" y los juegos de las "relaciones de poder" que en aquél se verifican. Veamos.

9. 'Historicismo del derecho del consumo'. En este campo del devenir socio-político de las sociedades complejas, van emergiendo variables 'condicionantes' de los vínculos desarrollados entre proveedores/prestadores y consumidores/usuarios, que tornan insuficientes -y hasta contraproducentes- las soluciones que los ordenamientos normativos vigentes -al influjo de un criterio decimonónico 'individualista'- podían ofrecer; diversas circunstancias socio-económicas "fuerzan" a los operadores jurídicos a diseñar nuevas opciones tendientes a dar adecuada cobertura a las nuevas situaciones derivadas del consumo masivo. Baste observar, en nuestro medio, que, a una primera regulación de las relaciones de consumo con base en los vínculos 'contractuales' -debida a la Ley 24.240 (LDC) en su versión original de 1993-, le sigue -bajo la órbita de los "nuevos derechos y garantías", por medio de la reforma de 1994- la inclusión en el texto constitucional, de los arts. 41 (cláusula "ambiental"), 42 (cláusula "consumataria") y 43 (cláusula "instrumental") (19), el segundo de los cuales amplía la protección y defensa normativa a "los consumidores y usuarios de bienes y servicios...en la relación de consumo", pasando por algunas modificaciones a la LDC -mediante las leyes nos. 24.568, 24.787, 24.999, 26.361 y, recientemente, n° 26.994 - Anexo II-, y normativa respectiva del nuevo Código Civil y Comercial- (20). Esta tendencia local se suma a la evolución general del derecho del consumo, que no es susceptible de ser tratado "en un sentido abstracto y genérico", es decir, como "un fenómeno intemporal" (21), sino en conexión con cambiantes circunstancias espacio-temporales, como quedó dicho más arriba. Así, desde el hito constituido por el mensaje de J.F. Kennedy al Congreso de EE.UU, en 1962, pasando por la "Carta Europea de Protección al Consumidor" de 1972 y el "Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea" (22), hasta arribar a las "Directrices para la Protección del Consumidor" de 1985/1998/2015 (ONU), reorientando las políticas y normativas locales a las circunstancias de la época (23), con adaptaciones al medio local de que se trate (24); frente a ciertas "garantías tradicionales" (vicios redhibitorios, abuso del derecho), y ante nuevas operatorias del mercado (técnicas de 'marketing', tecnologías de avanzada, innovación en la producción y prestación de bienes y servicios, masividad en la contratación de consumo, etc.) se observa la adopción de políticas y normativas adaptadas a tales circunstancias (25).

10. 'Aspectos ideológicos'. A este respecto, y conforme a los lineamientos planteados por la teoría crítica del derecho -que, por cierto, se conectan con el punto anterior-, en nuestra materia específica es posible detectar, sin esfuerzo, cuestiones relativas al "sujeto de derecho" protegido por el régimen consumeril, la "asimetría (desigualdad) en la relación proveedor-consumidor", y la "presunción de conocimiento normativo" -por parte del consumidor/usuario- legalmente asumida, por no mencionar sino algunos de los aspectos denunciados por la tesis crítica. En efecto, queda claro, en primer lugar, que la particularidad del "sujeto" del derecho consumerista ("consumers, by

definition, includes us all" -KENNEDY-) incorpora a éste, necesariamente, entre los derechos 'humanos', ya que 'toda persona', por el solo hecho de serlo, quedaría automáticamente protegida por aquél; sin embargo, esto no impide que, en nuestro ordenamiento jurídico, p. ej., el sujeto del derecho del consumo enfrente ciertas vicisitudes que lo han transportado, desde el estricto ámbito contractual, al genérico del consumidor/usuario -aunque con expresa referencia a la "relación de consumo"-, ampliado luego al consumidor "equiparado" e, incluso, al consumidor "de cualquier manera expuesto"; para después quedar eliminado este último, con la reforma civil y comercial de 2015 (26); ello, sin perjuicio de que, para determinar la garantía de "acceder", o de "efectivo acceso o ingreso", al consumo, debiera recurrirse a los derechos 'no enumerados' -o "implícitos"- del art. 33, Cons. Nac., o, en todo caso, a normativas internacionales sobre Derechos Humanos, recibidas por el art. 75. inc. 22, de nuestra Ley Suprema (27). A su turno, a la "asimetría" en la relación de consumo -reflejo de las desigualdades 'efectivas' que se constatan entre miembros y grupos de miembros de las sociedades complejas- se procura desequilibrarla desde una normativa 'tutelar' de la parte débil del vínculo consumatario, resultando así una suerte de "negación de la negación" (concepto derivado de la dialéctica materialista (28) que -parafraseando a LENIN (29)- "arrancando de Hegel, es mucho más vasta, más rica de contenido que la teoría de la evolución al uso"), en cuya virtud, a una desigualdad (posición prevalente del proveedor frente al consumidor), se opone otra desigualdad -de "signo contrario", digamos- (políticas y normativas estatales favorables al sujeto protegido por el derecho del consumo (30))- que procura "igualar los tantos", en una puja -de otro modo, inicua- entre los co-protagonistas de la relación consumeril; de todos modos, la realidad demuestra que no todos los consumidores -ni los propios Estados en sí- estamos en condiciones de igualdad -física, social, económica, cultural, etc.-, siendo que, no obstante, se observan pautas indicadoras tendientes a evidenciarlo y morigerar sus efectos (31); ello sin perjuicio de que, contradiciendo el carácter 'progresivo y de no regresión' de los derechos humanos -del cual participan, sin duda, los derechos que asisten a consumidores y usuarios- se haya dejado de lado en nuestro régimen consumerista, la figura, antes protegida, del consumidor simplemente "expuesto" (32) -no obstante que, según entiendo, podría sostenerse su subsistencia (33)-. Finalmente, respecto de ciertas "presunciones" que ocultan verdaderas 'ficciones' legales, tales como que "el derecho es conocido por todos", ficción vigente en virtud del "principio de inexcusabilidad" del art. 8º, Cód. Civ. y Com. (34), conviene preguntarse si tal situación aplica, sin más, al consumidor/usuario; me he manifestado con anterioridad acerca de esta cuestión, en sentido negativo (35); podría agregar, ahora, que la jurisprudencia ha dicho que "la protección a favor de la parte más débil de la relación de consumo se sustenta en una suerte de 'presunción de ignorancia legítima'. " ("Ombú Automotores S.A. c/ Sec. de Com. e Inv., Disp. DNCI 220/97". Causa n° 23.921/98. C. NAC. CONT. ADM. FED, Sala II, Damarco, Garzón de Conte Grand, Herrera, 4/3/99); asimismo, con apoyo en lo determinado en los arts. 42, Cons. Nac., cit.; 4º, LDC, y 1100, Cód. Civ. y Com., y, basado sobre el "deber de información legal", se afirma, enfáticamente, que "el derecho no se presume conocido por los consumidores" (36); esta circunstancia, asimismo, debería ahuyentar la posibilidad de tomar en consideración un supuesto consumidor/usuario "especializado" -o, en todo caso, "más informado que otros"- 'per se', restando así la responsabilidad que incumbe al proveedor/prestador, a pesar de su carácter de "parte fuerte" de la situación de consumo. Ahora bien, respecto de la asimetría o desigualdad en las posiciones de proveedores/prestadores y consumidores/usuarios, se destaca que aquéllos cuentan con "información, conocimiento profesional y capacidad económica" de privilegio, al tiempo que pueden disponer, en principio, de "protección jurídica en cuanto al conocimiento de las normas y la capacidad económica para asistirse legalmente en caso de conflicto" (37); en estos términos, la distinta concepción de "sujetos" de la situación consumataria, la "asimetría" en el vínculo y el diferenciado "conocimiento" de las circunstancias fáctica, técnicas, normativas, etc. implicadas en la situación, concurren en nuestra materia a efectos de un enfoque crítico de la misma, proyectándose, asimismo, sobre las "relaciones de poder" subyacentes, que se refieren en el apartado siguiente.

11. 'Relaciones de poder'. Una de las denominadas "leyes universales" sostenidas por el materialismo dialéctico, consiste en "la unidad y lucha de

los contrarios" -a la que Lenin definiera como "núcleo de la dialéctica"-, la que enuncia que "a todas las cosas y procesos les son inherentes aspectos 'internos' contradictorios, que se encuentran en 'unidad irrompible y, a la vez, en 'lucha' incesante"; se trataría de "la fuerza motriz del desarrollo" (38). Ahora bien, "contrarios", de acuerdo con esta tesis, son "fenómenos, o aspectos de fenómenos, que se excluyen mutuamente"; la "unidad de los contrarios" consiste en que éstos se hallan indisolublemente ligados entre sí y forman juntos un proceso contradictorio único", de modo que "uno existe únicamente porque existe el otro"; y, hay "lucha" entre dichos contrarios, debido a "la 'aspiración' de cada uno a tener una significación preponderante, dominante, en el proceso, en el fenómeno" (39); a su turno, contradicciones 'externas' son "las que existen entre distintos objetos, entre distintos procesos" (loc. cit.). En estos términos, en la naturaleza reconoceríamos fenómenos contradictorios, p. ej., materia y anti-materia, o los principios de acción y reacción, ya que se excluyen mutuamente; en las sociedades, se constataría la puja entre elementos -o grupos de ellos- que pugnan entre sí: capital-trabajo, gobernantes -gobernados, empresas entre sí, proveedores-consumidores, etc.; y, en cuanto al pensamiento lógico, podemos referirnos a las incompatibilidades entre paradojas, por un lado, y entre contradicciones propiamente dichas o antinomias, por el otro (40). Ahora bien, las 'relaciones de poder' entabladas entre contrarios -en los términos expuestos- implicarían un "ejercicio de fuerzas" opuestas constante; cuál pueda ser la solución a dicha lucha es la cuestión; así, señalando una fuerte diferenciación entre "evolución" y "revolución", se propone, de un lado, "cortar" abruptamente la contradicción, apropiándose del poder del oponente "como pensaba Lenin" (41); del otro, "renegociar y reformular" permanentemente la relación de poder, dado que éste se da "como una situación estratégica al interior de una relación históricamente definida" (Foucault): lo que el dominador ("poderoso") no puede hacer es acabar con el dominado ("desposeído"), ya que, al hacerlo, terminaría con la relación misma que es, precisamente, la fuente de 'su' poder (42). Ocurre que, siguiendo a Foucault, se sostiene que el poder "no es un elemento que se adquiera, el poder se ejerce en relaciones no igualitarias. Está presente en todos los ámbitos de las sociedades, no hay zonas sin poder... En este sentido, se sostiene que toda la sociedad es un complejo de relaciones de poder"; "va desde abajo hacia arriba y en todas las direcciones" (43); siendo que "está en el ánimo filosófico de Foucault conseguir la libertad del hombre y ésta tan sólo se podrá enunciar a través de un desenmascaramiento de los procesos de poder" (44). Y bien, queda claro que, tanto el constituyente como el legislador -con sus más y sus menos-, han advertido la 'disparidad' existente entre los sujetos centrales de la situación o relación de consumo -que la normativa vigente se encarga de constituir, al definirlos- estableciendo, como es sabido, otras disparidades "en sentido contrario" -por así decirlo-. De todos modos, conviene preguntarse si tales relaciones de poder quedan de esa forma equilibradas o si es menester idear otros mecanismos que contemplen el cuadro de situación completo ("the whole picture") en que se enmarcan los vínculos consumeriles; por nuestra parte, hemos propuesto una suerte de re-direccionamiento de la materia, a partir del consumo y su protagonista principal, a través de una modelización adecuada del derecho respectivo (45). Téngase presente que la diferenciación que establece la dialéctica entre "relación" y "nexo" se da en que esta última consiste en un tipo de relación en la que, 'un cambio o modificación producido en uno de sus términos implica necesariamente un cambio o modificación en el otro (u otros)' (46); de modo que, si el vínculo establecido entre proveedor y consumidor se concibe como un 'nexo' -y no una mera "relación"-, el diseño de una estructura de consumo acorde, deberá contemplar las mutuas influencias resultantes en dicho vínculo, con particular énfasis en la situación 'ab initio' desventajosa del consumidor/usuario.

12. La 'incomensurabilidad', a nivel del "lenguaje" en Feyerabend, extendida a los "métodos, campos de problemas y normas de resolución" en Khun, acompañan la distinción que realiza este último autor entre "desarrollo científico normal", por un lado, y "desarrollo científico "revolucionario", por el otro (47), circunstancia que indica cierta "dialéctica" epistemológica en el desenvolvimiento del conocimiento científico. A su turno, desde el pensamiento 'complejo', Edgar MORIN introduce el término "dialógica" para significar "la asociación compleja (complementaria/concurrente/antagonista) de

instancias, 'conjuntamente necesarias' para la existencia, el funcionamiento y el desarrollo de un fenómeno organizado" (48); y aclara: "no digo dialógica para apartar la idea de dialéctica, sino para hacerla derivar de ella"; reserva esta última denominación para "el nivel de los fenómenos", en tanto que "dialógica" operaría como un 'principio' -incluso, a "nivel del paradigma"- (49); en tanto, "principio", "nos permite mantener la dualidad en el seno de la unidad ('unitas multiplex'). Asocia dos términos a la vez complementarios y antagonistas" (50). A su vez, desde el ángulo jurídico-penal, y con relación al 'ius puniendi' estatal, JIMÉNEZ DE ASÉA, siguiendo a Hegel, se refiere a los procesos de tesis, antítesis y síntesis -al que se llega en cuanto la filosofía pone mano en el Derecho penal"- (51). Por cierto, cabe citar a COSSIO, quien se refiere a la interpretación jurídica "como conocimiento por comprensión que se constituye en forma empírico-dialéctica", es decir, como proceso que liga "un substrato material y un sentido espiritual", yendo "de lo primero a lo segundo y luego de lo segundo a lo primero"; ello así, ya que lo que se interpreta es "la conducta humana mediante la ley" (siendo que el derecho, para la egología jurídica, es "conducta regulada" y no mera regulación de la conducta); recuerda este autor que Marx ha invertido los términos en que Hegel -"su lejano maestro"- concebía la dialéctica -en sentido "idealista"-, como una 'dialéctica de la realidad' (Marx) contrapuesta a la 'dialéctica del espíritu' (Hegel)", suscitándose, así, la conexión entre esta dialéctica material y la dialéctica 'existencial', sostenida por el autor de la teoría egológica; además, se refiere a los aspectos 'ideológicos' del derecho, en los términos de su "gnoseología del error doctrinario" (52). Estas cuestiones requerirán ser ampliadas en un futuro trabajo, al que me comprometo.

13. En virtud de lo expuesto, entiendo posible y plausible emprender un enfoque amplio del régimen jurídico del consumo, a la luz de los estándares epistemológicos aportados por la denominada teoría crítica del derecho, adaptando -y ajustando, en su caso- los pormenores que surjan de las vicisitudes que pueda plantear el estudio de ese régimen, en los términos de las tesis propuestas por dicha corriente de pensamiento; y, en particular, a los fines prácticos, teniendo presente que la tesis central de la posición crítica, como se dijo 'supra', concibe al derecho como una "práctica social", siendo el conocimiento jurídico no sólo crítica sino, también, 'intervención' en el mundo, no solamente para explicarlo, sino, asimismo, para transformarlo (53).

Notas al pie:.

1) CÁRCOVA, CARLOS MARÍA; ""Teorías jurídicas alternativas"; Centro Editor de América Latina; 1993. En rigor, este volumen reúne un total de cinco escritos; pero, dada la íntima ligazón entre ellos, menciono al libro en su conjunto, a pesar de que las citas pueden responder a distintos textos del mismo. Además, resulta recomendable la lectura de todos ellos, a fin de iniciarse en el tratamiento de tales teorías.

2) Ídem nota anterior.

3) Ídem nota anterior.

4) Ídem nota anterior.

5) ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", Editorial Astrea, 1993.

6) En sus vertientes "continental" y "critical legal studies" (ÁLVAREZ GARDIOL, ARIEL; "El pensamiento jurídico contemporáneo"; Ediciones AVI S.R.L; 2009.

7) ÁLVAREZ GARDIOL, A.; op. cit.

8) ÁLVAREZ GARDIOL, A.; ídem nota anterior, citando a Lucía ASEFF.

9) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Ubicación epistemológica de las ciencias jurídicas (jurística)"; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF18005; 26/02/2018.

10) Recuérdese que el derecho ha sido definido como ""una práctica social específica, que expresa y condensa los niveles de conflicto social en una formación histórica determinada", que, al ser "discursiva", en términos 'lingüísticos, se refiere a "un proceso social de producción de sentidos" (CÁRCOVA, C.M.; op. cit.)

11) Ídem nota anterior.

12) SHEPTULIN, A.P.; "El método dialéctico del conocimiento"; Editorial Cartago, 1983.

- 13) GUARDIOLA, MIGUEL ÁNGEL; "Temas de Derecho Romano -Nociones Introductorias-"; Cathedra, 1969.
- 14) CÁRCOVA, C.M., op. cit.
- 15) Ídem nota anterior. Véase: RUIZ, ALICIA; "Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho); VV.AA, 'Materiales para una teoría crítica del derecho'; Abeledo Perrot, 1992.
- 16) CÁRCOVA, C.M., op. cit.
- 17) Ídem nota anterior.
- 18) Ídem nota anterior.
- 19) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Duodécima parte (nexo entre los arts. 41, 42 y 43, de la Constitución Nacional)"; www.infojus.gov.ar, 10/6/2015.
- 20) Pueden verse, de este autor, diversos trabajos publicados en infojus.gov.ar, y saij.gob.ar.
- 21) CÁRCOVA, C.M., op. cit.
- 22) "Introducción al Derecho del consumidor", curso 'on line' del Ministerio de Producción -Presidencia de la Nación-.
- 23) Se remarca en este sentido, p. ej. que las Directrices ofrecen "nuevas orientaciones sobre comercio electrónico, paridad de trato entre los Consumidores en línea y fuera de línea, protección de la privacidad de los Consumidores, servicios financieros, servicios públicos, buenas prácticas comerciales y cooperación internacional" (curso "Introducción al Derecho del consumidor", cit. en nota anterior).
- 24) Así, p.ej., en materia de 'comercio electrónico', "debe fomentarse la confianza en este tipo de negociaciones, procurando brindar una protección igualitaria respecto de otras formas de comercialización, actualizando las pautas conforme al desarrollo progresivo del mismo y, en su caso, adaptándolas 'a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales'"; y, en cuanto a 'servicios financieros', "se admite la adecuación de las directrices a las 'circunstancias económicas, sociales y ambientales' de cada Estado" (CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el Derecho del consumo: Panorama general de las Directrices de la Organización de Naciones Unidas (Nueva York y Ginebra, 2016)"; www.saij.gob.ar , 12/6/2018).
- 25) Curso "Introducción al Derecho del consumidor", cit.
- 26) Puede verse este desarrollo normativo, su exposición y crítica, en diversos trabajos anteriores de este autor, publicados en este medio.
- 27) Ver, 'inter alios': CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Acceso al consumo, acceso a la vida"; www.saij.gob.ar; 9/8/2017.
- 28) YAJOT, OVSHI; "Qué es el materialismo dialéctico"; Editorial Progreso, Moscú, s/f. La "negación de la negación" aludida, es una de las tres denominadas leyes "universales" -ya que "caracterizan 'todos' los fenómenos de la naturaleza, de la sociedad y del pensamiento"- junto con la ley de transformación de los cambios cuantitativos en cualitativos", y la ley de "la unidad y lucha de los contrarios" (loc. cit.).
- 29) LENIN, VLADIMIR I.; "Tres fuentes y tres partes integrantes del marxismo"; Editorial Anteo; 1969.
- 30) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Decimosexta parte (Determinación del concepto de "sujeto de derecho tutelado" en el régimen normativo del consumo)"; www.saij.gob.a; 12/7/2016.
- 31) Véanse, p. ej., ciertos tramos de las Directrices de la ONU sobre protección a consumidores, CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos en el Derecho del consumo: Panorama general de las Directrices...", cit.
- 32) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Cuestionamientos al nuevo régimen tuitivo del consumo: aspectos relativos al consumidor y al proveedor"; 20/10/2015; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF150782.
- 33) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Pervivencia de normas tutelares del consumo ante reformas legislativas derogatorias"; 11/04/2016; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF160253.
- 34) Art. 8º, Cód. Civ. y Com.: "Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico".
- 35) CONDOMÍ ALFREDO MARIO; "Código Civil y Comercial: Incidencia del Título Preliminar en el Derecho del consumo"; 23/07/2015; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF150424.
- 36) SOBRINO, WALDO AUGUSTO; "El derecho no se presume conocido por los consumidores (nuevos principios legales)"; 23/06/2017; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF170273.

- 37) Curso "Introducción al Derecho del consumidor", cit.
- 38) YAJOT, O., op. cit. Esta así denominada "ley", ha sido considerada, también desde el pensamiento dialéctico, como 'principio', el que, a diferencia de una ley -de carácter cognoscitivo- consistiría en un estándar gnoseológico de carácter 'epistemológico', de momento que se lo enuncia como un conjunto de "exigencias" sobre el sujeto pensante, " 'orientadoraso de su actividad cognoscitiva", generalmente basado sobre una o más leyes, aunque también revistiendo un carácter "general" (SHEPUTLIN, A.P., op cit.).
- 39) Ídem nota anterior.
- 40) La paradoja, "sin ser una contradicción, parece transgredir nuestro sentido común o nuestras intuiciones"; la antinomia, "es un argumento que termina señalando una aparentemente inevitable 'contradicción'"; así, "la paradoja sería resoluble, mientras que la antinomia, en principio, no lo sería" (KLIMOVSKY, GREGORIO y BOIDO, GUILLERMO; "Las desventuras del conocimiento matemático -Filosofía de la matemática: una introducción-"; a-Z editora, 2005.
- 41) CÁRCOVA, C.M., op. cit.
- 42) Ídem nota anterior. Probablemente, el marxismo ortodoxo llamaría a esta posición "revisionista" o "reformista", para diferenciarla de la postura "revolucionaria" que sustenta, según la cual, p. ej., 'para acabar con los "aspectos malos" del capitalismo, es decir, con sus lacras, hay que acabar con el propio capitalismo. No hay otro camino' (YAJOT, O., op. cit.).
- 43) VIRGILI, GUILLERMO; "Concepto de microfísica del poder por Michel Foucault"; <http://blogconstrucciondecidania.blogspot.com>.
- 44) Calleja Arrabal, Santiago; "Microfísica del poder en Foucault" (Un acercamiento a su teoría del poder); <http://eldigoras.com>.
- 45) "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Séptima parte. (Modelización del Derecho del consumo)"; 3/9/2014; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF140607.
- 46) SHEPUTLIN, A.P., op cit.
- 47) KHUN, THMAS S.; "(Qué son las revoluciones científicas y otros ensayos?", Ediciones Altaya, 1998. Este volumen incluye tres trabajos de Khun, cuya lectura total se recomienda.
- 48) MORIN, EDGAR; "El método -El conocimiento del conocimiento-"; Ediciones Cátedra, Madrid, 1994.
- 49) MORIN, EDGAR; "El método -La naturaleza de la naturaleza-"; Ediciones Cátedra, Madrid, 1993.
- 50) MORIN, EDGAR; "El paradigma de complejidad", en 'Introducción al pensamiento complejo'; Gedisa editorial, Barcelona, 1998.
- 51) JIMÉNEZ DE ASÉA, LUIS; "La ley y el delito"; Editorial Sudamericana, 1973.
- 52) COSSIO, CARLOS; "La teoría egológica del derecho - Su Problema y sus Problemas-"; Abeledo-Perrot, 1963.
- 53) CÁRCOVA, C.M., op. cit.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 20 DE JULIO DE 2018

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01**, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.8, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1100, Constitución Nacional Art.33, Constitución Nacional Art.41, Constitución Nacional Art.42, Constitución Nacional Art.43, Constitución Nacional Art.75, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.568, Ley 24.787, LEY 24.999, LEY 26.361*

El consumidor inquilino

VERGARA, EXEQUIEL

Publicación: www.saij.gob.ar, 7 DE JUNIO DE 2018

TEMA

LOCACION-RELACION DE CONSUMO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

I. La ampliación del concepto de consumidor: Si bien en el derecho comparado podemos encontrar ejemplos en que las relaciones contractuales de locación se consideran expresamente como de consumo, a punto tal que, tan sólo por mencionar un ejemplo, el Departamento de Asuntos del Consumidor del Estado de California ha elaborado una de las guías más conocidas para inquilinos y propietarios (1), en nuestro cuerpo legal no encontrábamos, hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, una norma que expresamente incluya a los contratos de locación como contratos de consumo, si bien cabe aclarar que tampoco encontramos una norma que expresamente las excluya.

Es cierto que la redacción original de la ley 24.240, en su artículo 1 contenía tres incisos de situaciones que claramente debían ser consideradas como de consumo, y que en ellas no se incluía expresamente la locación de inmuebles. Pero es tan cierto como que esa formulación original tiene a fecha de hoy ya diez años de derogada, y pese a ello se observa una resistencia por parte de algunos operadores jurídicos a actualizar el concepto amplio del artículo en su versión del año 2008, y en la actualmente vigente, compatible con el Código Civil y Comercial. Por alguna razón, en la forma de pensar de muchos letrados y funcionarios se advierte una separación en compartimientos estancos de la normativa consumeril, queriendo restringir su aplicación sólo a los "históricos" tres incisos. Baste ver el dictamen de fiscalía, que transcribe y analiza uno por uno los tres incisos, siendo que se trata de legislación superada. Y derogada.

Y una nota de color al respecto: Los autores del Proyecto de Ley de defensa del consumidor (Atilio Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz), base de la 24.240, no propusieron esos incisos, ni discriminaba situaciones. Sólo excluía a: "1. Las adquisiciones de cosas, o de su uso, o contratos de prestación de servicios, que integren un circuito de producción o comercialización, o que sirvan principalmente a una actividad profesional. 2. Las actividades de los profesionales liberales". Más bien se pronunciaban por su aplicación a cualquier relación que versare sobre cosas muebles - consumibles o no- e inmuebles, y sobre la transmisión de su dominio o uso, o sobre servicios, sin importar que sean públicos o privados (2). Por lo que se trata de una de las modificaciones introducidas por los legisladores, y que fue derogada con la sanción de la 26.361. Mas pese a todo, dichos incisos trajeron y aún traen gran confusión sobre el concepto de consumidor actualmente vigente, quizá por haberse mantenido entre los años 1993 y 2008, en la primera etapa de aplicación de la normativa consumeril, y en simultáneo con la ley de locaciones urbanas (también derogada) y el Código de nuestro gran civilista Dalmacio Vélez Sársfield, quien murió sin enterarse de la existencia de algo llamado "derecho del consumidor".

En nuestro país, el concepto ha mutado a lo largo del tiempo ya que primero se consideró "consumidores" solamente a las personas físicas, luego a ciertas personas jurídicas y finalmente a los consumidores colectivamente considerados (3). En ese sentido, la Ley de Defensa del Consumidor, en su actual redacción, establece en su artículo 1° que "la presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por 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...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".

El concepto de consumidor expuesto en la citada ley, ha sido reafirmado al sancionarse el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que, en su artículo 1092, establece, en lo que aquí interesa, 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". De la lectura de la normativa en cuestión puede extraerse como primer premisa que en nuestro derecho, actualmente, la noción de "consumidor" se asienta principalmente sobre dos conceptos, el de "destinatario final" y el de "beneficio propio".

Agréguese a ello que luego de la reforma introducida por la Ley 26.361 y conforme a la mentada normativa, también se equipara la situación de los "terceros afectados por la relación de consumo", a la noción de "consumidor", toda vez que la tutela de la LDC se extiende a todo sujeto que de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo (4). Este concepto resulta abarcativo de: i.) los usuarios no contratantes -pueden ser un invitado, un familiar, un tercero ajeno-; ii.) la víctima de un daño causado por un producto o un servicio; iii.) el afectado o expuesto a prácticas comerciales; iv.) la legitimación para la defensa de bienes colectivos; v.) el cesionario de un contrato de consumo; y vi) el tercero beneficiario.

Finalmente no está demás remarcar que, conforme infra se verá, para la determinación del carácter de consumidor, en algunos supuestos, también se deberá receptar la noción de "vulnerabilidad" del sujeto contratante (5).

Ahora bien, a fin de precisar los alcances de la normativa supra expuesta, es de menester referir que la reforma de la ley 26.361 eliminó de la redacción del art. 2 de la ley 24.240 el párrafo que rezaba "no tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros", circunstancia que permite que una buena cantidad de situaciones en las que empresas y/o personas jurídicas que actuaban como adquirentes y que antes se encontraban excluidas de la normativa en cuestión, pasasen a calificar como consumidoras (6).

Asimismo, también se ha dicho que la LDC en su actual redacción, sostiene la posición de que el consumidor o usuario es aquella persona que agota, en sentido material o económico, el bien o servicio contratado. Agregándose que si bien se reconoce que la ley no abandono terminantemente el criterio "finalista" en punto a la calificación del consumidor quien sigue siendo el "destinatario final", lo cierto es que la eliminación de parte del texto del artículo 2° permite examinar en cada caso si el acto de consumo, origina, facilita o se integra en el proceso de producción de bienes o servicios, en cuya virtud el sujeto no sería consumidor en términos estrictos (7).

Resulta interesante, por otra parte, recurrir a los antecedentes parlamentarios de la Ley 26.361, a fin de analizar cuál fue el objetivo tutelado con la reforma, pudiendo observarse allí que si bien las nociones de "destino final" y "beneficio propio" son los pilares para determinar el carácter de consumidor, existen supuestos en los que se deberá tener en cuenta, además, la "vulnerabilidad" del sujeto contratante.

En esa dirección, debe referirse que en los fundamentos de la reforma, en lo que aquí interesa, se indicó que "se mantiene la exclusión tuitiva de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor, para los proveedores que adquieren o utilizan bienes o servicios para integrarlos a otros bienes o servicios que ellos a su vez proveerán. Pero se limita la exclusión a los proveedores que incorporan esos bienes o servicios como insumo directo de otros bienes o servicios y los que lo incorporen en cualquier concepto, cuando no tengan las características de micro, pequeñas o medianas empresas, o similares en los términos de la ley 25.300, de Mipymes y sus reglamentaciones. La exclusión de la protección especial se basa en los necesarios conocimientos que un proveedor tiene o debería tener del negocio que maneja y de sus intimidades, pudiendo ser excluido también por su ostensible poder negocial en razón de la magnitud del giro de la empresa. Siendo así las cosas, se presume acotada la asimetría informativa, y como consecuencia de ello la asimetría negocial, en

lo que a información se refiere, en unos casos, y en su poder empresario integral, en otros, y por ende acotada asimismo su vulnerabilidad contractual. Hasta ahora, al amparo del artículo 2° del decreto reglamentario 1.798 del 13 de octubre de 1994 y siguiendo un criterio económico contable de que toda operación empresarial forma parte del giro de la empresa, se ha entendido que la adquisición de cualquier producto o servicio por un proveedor termina, finalmente, incorporado al proceso de producción o comercialización, y por lo tanto debe estar excluida de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor. Esto, que puede ser cierto acerca de los bienes estrechamente relacionados con los que el proveedor produce o comercializa, no lo es respecto del amplio universo de todos los demás. Poniendo un ejemplo recurrente, puede decirse que un productor de tornillos podrá y deberá conocer acerca del acero con que los fabrica, pero no tiene por qué saber de los muebles, ni del equipo de aire acondicionado, ni de la papelería, ni de los alimentos, ni de la telefonía, ni de tantas otras cosas y servicios que adquiere para utilizar en su fábrica. En estos casos, la asimetría y vulnerabilidad del, por así llamarlo, proveedor-consumidor viene siendo idéntica a la del consumidor común. Por ello, como se ha dicho, se propicia limitar esta exclusión respecto de las operaciones referidas solamente a los insumos directos destinados a ser integrados en otros procesos de provisión. En otro orden, si bien es cierto que estas situaciones podrían replicarse en empresas de gran magnitud, no es menos cierto que las mismas disponen o tienen capacidad para contar con los más variados y suficientes recursos (económicos, científicos y tecnológicos, jurídicos, contables, etcétera) para encarar sus contrataciones desde una posición de negociación suficientemente sólida, por lo que, en esta circunstancia, no se considera menester que sean alcanzadas por este estatuto del consumidor final, cualesquiera sean las causas de las adquisiciones o locaciones de bienes y servicios que realicen".

Si bien el texto finalmente aprobado, excluyó la referencia concreta a la Ley 25.300, de "Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (Mipymes)", lo cierto es que los fundamentos allí referidos dan una idea clara de que la intención del legislador era que el régimen protectorio abarcara también a aquellos sujetos que si bien, en principio, no se encontrarían alcanzados por el sentido estricto del término "consumidor", debido a su "vulnerabilidad" negocial, pudiesen ser asimilados a tales. Asimismo, de lo expuesto también se desprende claramente que la intención no fue enmarcar cualquier contratación bajo el paraguas de la normativa del consumidor.

Sobre la base de todo lo expresado, se extrae como primera conclusión que en nuestro derecho lo que determinará el carácter de "consumidor", en primer lugar, es el hecho de que se hubiesen requerido bienes o servicios como "destinatario final" y en "beneficio propio" o de su grupo familiar o social.

El concepto, en términos de Wolff tiene un "núcleo firme" y una "periferia indistinta", como núcleo firme del concepto es claro que será consumidor quien requiere un bien o servicio reuniendo esos dos rasgos, es decir, como "destinatario final" y en "beneficio propio", mas se torna trascendente a esta altura sin embargo, establecer las exclusiones que esa caracterización trae consigo y los casos que se encuentran en la "periferia indistinta" del concepto al que aludimos.

En ese sentido, a fin de verificar si nos hallamos ante un supuesto de exclusión cabrá establecer primero, si el sujeto involucrado (se trate una persona jurídica y/o un empresario individual) aplica los bienes adquiridos o los servicios prestados, de modo que tengan como "destino final" de "manera directa" -o como insumo directo- el proceso de producción o de comercialización que es objeto de la actividad de la empresa (primer supuesto claro de exclusión general).

En segundo término, si los bienes o servicios requeridos se incorporan a una explotación por cualquier otro concepto, no tratándose de un insumo de aplicación directa al proceso de producción o servicios, sino que solo sirve de modo indirecto, en esa situación creemos claro que las empresas de magnitud, es decir, aquellas que no tengan las características de micro, pequeñas o medianas empresas, o similares deben en todos los casos hallarse excluidas del concepto de consumidor, dados los conocimientos e información

que tienen o deberían tener del negocio que manejan y de todas las actividades vinculadas a su giro empresarial.

Sin embargo, entendemos que en la "periferia indistinta" de este concepto, cabe atender a la distinción que introduce la exposición de motivos transcripta supra y considerar, que podríamos encontrarnos frente a un productor o requirente del bien o servicio que sea una pequeña o mediana empresa, una pyme, un microemprendimiento o similar (véase art. 83 Ley 24.467 y Ley 25.300) y que en tal caso la adquisición del bien o la prestación del servicio se produzca para ser utilizada en su explotación o actividad pero solo de un modo o como insumo indirecto en el proceso productivo o servicio a prestar (véase el ejemplo del productor de tornillos de la exposición de motivos) y deberá considerarse pues, ante el caso concreto, si los sujetos involucrados se encuentran en una situación de "vulnerabilidad" que resulte asimilable al solo "consumidor" que utiliza esos insumos, bienes o servicios como destinatario final sin volcarlo en la cadena productiva o profesional. Es ante esa situación dada, que cabría colocar a dichos sujetos dentro de esa periferia indistinta a la que aludieramos, incluyéndolos en la categoría de "consumidores" (8).

Como puede apreciarse, el concepto de consumidor fue ampliándose de acuerdo a la evolución del propio derecho nacional, a punto tal que es perfectamente válido considerar que una pequeña o mediana empresa puede ser consumidora, y en ese contexto es dificultoso resistir la idea que, tal y como surge natural del actual Código Civil y Comercial, un inquilino que alquila una casa para vivir es naturalmente un consumidor, en el concepto actual del término, y salvo dos excepciones muy específicas, cada una de ellas ubicada en un polo distinto de la relación contractual.

Debería excluirse de la calidad de consumidor inquilino, a una empresa "grande". Ya que se entiende que, tal como se relata en el caso de los tornillos usado como ejemplo en los fundamentos de la ley, estas empresas "disponen o tienen capacidad para contar con los más variados y suficientes recursos (económicos, científicos y tecnológicos, jurídicos, contables, etcétera) para encarar sus contrataciones desde una posición de negociación suficientemente sólida".

Y desde el punto de vista del análisis del proveedor, debería excluirse de ser considerado tal, un locador que alquile su inmueble por una única vez, con carácter excepcional -ya que si fuera "ocasional" seguiría estando alcanzado por el art. 2 de la 24.240- y sin haber publicitado el inmueble con intermediación de una inmobiliaria. Supuesto prácticamente de laboratorio, ya que la enorme mayoría, por no decir la totalidad de los locadores en nuestro país, son personas físicas o jurídicas que alquilan sus inmuebles de modo permanente. Dicho con otras palabras, que tienen bienes inmuebles para destinarlos a la locación. Dicho con otras palabras "Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de (...) comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios." (literal del art. 2 de la 24.240).

Entendida la palabra "profesional", no en el sentido de poseer un título habilitante (lo cual estaría expresamente excluido), sino en un sentido vulgar y amplio, como "Que practica habitualmente una actividad, incluso delictiva, de la cual vive (9)". Es decir que cualquier locador que habitualmente alquile, y que por lo tanto cobre un precio por dicho alquiler, practica habitualmente esa actividad -la de alquilar- y por lo tanto indudablemente queda abarcado por el concepto de proveedor. De ninguna manera podría restringirse el concepto arguyendo que la práctica habitual debería además ser la principal actividad realizada por la persona calificada como proveedor, ya que conforme a la ley, basta con que realice esta actividad, de modo habitual, para ser considerado un profesional de la materia. Es irrelevante que sólo el uno por ciento de los ingresos de esta persona física o jurídica sean obtenidos por el ejercicio de dicha actividad. Mientras se comercialice un bien (merx = mercadería, comercializar un inmueble = venderlo o alquilarlo, convertirlo en "mercadería") estamos frente a una situación clara de aplicación de la ley de defensa del consumidor.

Y ello así, y con fundamento legal, a partir de la Constitución de 1994 que jerarquiza el derecho de los consumidores. Si bien con interpretaciones algo forzadas entre 1994 y 2008 (10), con razonabilidad manifiesta a partir de 2008 y hasta la unificación de los Códigos Civil y Comercial, y sin ningún lugar a dudas a partir de la vigencia del mismo, que además de contemplar expresamente la situación, ya que TODO CONTRATO o es de consumo o es de "no consumo" según su propia nomenclatura, y por si fuera poco, y como hecho destacado en el derecho comparado, establece en su art. 7 que "Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo."

(Por qué razón excluiríamos al contrato de locación de la categoría de consumo? Salvo las excepciones mencionadas (gran empresa locataria o locador que alquila por única vez), en base a qué fundamento privaríamos al inquilino (palabra vulgar que no existe en nuestra ley) de la misma protección que la ley otorga al consumidor financiero, al usuario de servicios públicos, al consumidor comprador, al consumidor turista, al consumidor pasajero, al consumidor paciente, etc. etc. No existe ningún motivo para desproteger a uno de los grupos posiblemente más abarcativos (11) y que por si fuera poco encuadra con mayor claridad en el tantas veces mencionado concepto de "vulnerabilidad": El consumidor locatario.

Entre otros, y sin pretender una enumeración completa, un criterio que caprichosamente restrinja la existencia del consumidor locatario, bajo la premisa arbitraria de que "en las relaciones locativas de inmuebles las partes son iguales y no se aplica la ley de defensa del consumidor", estaría privando al locatario de protección básica en materia de información brindada al inquilino -o al futuro inquilino-, protección de su salud e integridad física, obligatoriedad de las ofertas, ni se considerarán incluidas en el contenido del contrato las precisiones publicitarias. Tampoco se lo protegería de cláusulas abusivas, ni se considerarían las reglas específicas acerca de la responsabilidad del locador. Estos principios sí se encuentran incluidos en la ley de defensa del consumidor (12).

La defensa de un locador que sostuviera que "no es un proveedor de bienes sino un simple individuo que alquila un inmueble que no habita él ni su familia" es tan absurda como la que planteó aquél recurrente a la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, en la que sostuvo "que no es un proveedor de bienes sino un simple comerciante que vende electrodomésticos" (13). Se trataba en ese caso, de un proveedor que a efectos de garantizar el pago del bien comercializado, un electrodoméstico, había hecho firmar al consumidor un documento pagaré que intentaba ejecutar, pero que tanto en primera instancia como en Cámara se determinó inhábil, por aplicación de los principios del derecho del consumidor, y su normativa, que se ubican por encima de los rigorismos formales de la abstracción cambiaria.

Lamentablemente la firma compulsiva de pagarés no sólo constituye una práctica habitual en la comercialización de electrodomésticos, sino también en la comercialización de bienes inmuebles puestos en alquiler, incluso en la comercialización de créditos para la construcción de viviendas (el caso del Procrear) que substituyó la garantía hipotecaria por la firma de un pagaré en sus líneas más bajas. Volveremos sobre el punto en el acápite correspondiente al análisis del pagaré de consumo en las relaciones locativas.

Como conclusión, cabe remitirnos a lo que sería el equivalente de "las notas de Vélez Sársfield" en el nuevo Código: la posición de Lorenzetti en comentario al artículo 1187, definición del contrato de locación de inmuebles. En el Tomo VI del Código Civil y Comercial de la Nación dirigido por Ricardo Lorenzetti, de editorial Rubinzal - Culzoni Editores, en la página 545 leemos el punto 12 (siguiendo con la enumeración de los caracteres del contrato de locación definido), y se lee "De consumo: Si las partes se encuadran en lo dispuesto en el artículo 1093 del Código. Es decir, una de las partes debe ser un consumidor en la terminología del Código, que celebra el contrato para beneficio propio o de su grupo familiar o social (lo que ocurrirá sin duda cuando se trate de una locación destinada a vivienda) y la otra parte debe ser un proveedor profesional de bienes y servicios. Dudas se plantean con

relación a un contrato celebrado entre un proveedor profesional de bienes y servicios (por ej., una empresa que construye y loca inmuebles) y un locatario que destina el inmueble para integrarlo a procesos de producción, distribución o comercialización de bienes y servicios. Por ejemplo, se loca una oficina para destinarla a estudio jurídico o para local comercial. Al respecto, con anterioridad a la sanción del Código se podían sostener por lo menos tres tesis: a) una amplia que los considera como una relación de consumo; b) una tesis restringida que afirma que resulta claro que se aplica exclusivamente a quien contrata para su beneficio propio o de su grupo social o familiar y no para los casos de incorporación del servicio a los procesos de producción, distribución, comercialización, etcétera, de bienes y servicios, pues desde el punto de vista económico no sería un consumidor o usuario. Ésta es la tesis seguida por el Código en el artículo 1093, y c) una tesis llamada finalista, que aplicaría las disposiciones consumeristas en este supuesto, en tanto en cuanto exista una situación de vulnerabilidad por carecer el cliente de igual poder de negociación. Se considera que si fuera éste el caso se aplicarían las normas de los artículos 984 y siguientes del Código. También se debe puntualizar que en caso de dudas entre la aplicación o no de la normativa consumerista, el intérprete debe inclinarse por la aplicabilidad de la normativa más favorable al consumidor.

Sólo queda reiterar, a riesgo de sobreabundar en este punto, que cuando se utiliza la palabra "profesional", tanto en el Código, como en el comentario que se ha transcripato, se lo hace en el sentido indicado, de "práctica habitual", independientemente de títulos, idoneidad o relevancia de la actividad en los ingresos totales del proveedor.

Notas al pie:

1) The Department of Consumer Affairs (DCA). La guía se encuentra publicada en <http://www.hcd.ca.gov/manufactured-mobile-home/mobile-home-ombudsman/docs/Tenant-Landlord-Sp.pdf>

2) ALTERINI, Atilio Aníbal, LOPEZ CABANA, Roberto M. y STIGLITZ, Gabriel A., La protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley, La Ley 1989-B, 1002.

3) Lorenzetti, Ricardo Luis; "Consumidores"; Ed. Rubinzal - Culzoni; Santa Fe 2009, pág. 86

4) Farina, Juan; "Defensa del Consumidor y del Usuario", Ed. Astrea, pág. 44

5) Véase "Antecedentes Parlamentarios Ley 26.361", Ed. La Ley, pág. 365 y la referencia efectuada infra.

6) El párrafo, y gran parte de lo contenido en el acápite fue adaptado de "CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACIÓN CIVIL PARA SU DEFENSA C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE CORDOBA S.A. S/ ORDINARIO" (Expte. N° 56572/2008), sentencia de Cámara Nacional de fecha 30/06/2016.

7) Conf. CNCom. Sala F, 29.05.2014, in re: "Agropecuaria Litoral S.R.L. c/ R.A.M. s/ ejecutivo.

8) CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOCIACIÓN CIVIL PARA SU DEFENSA C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE CORDOBA S.A. S/ ORDINARIO (citado anteriormente)

9) Conforme la RAE: 1. adj. Perteneciente o relativo a la profesión. 2. adj. Dicho de una persona: Que ejerce una profesión. U. t. c. s. 3. adj. Dicho de una persona: Que practica habitualmente una actividad, incluso delictiva, de la cual vive. Es un relojero profesional. U. t. c. s. Es un profesional del sablazo.

10) Ver el trabajo de Fernando Márquez José F. y Calderón Maximiliano R., La tutela del consumidor de los derechos de uso y goce de un inmueble. La Ley 24.240., Revista de Derecho Privado y Comunitario, quienes incluso antes de la reforma de 2008 propiciaban la aplicación de la normativa consumeril a las relaciones contractuales locativas.

11) Las estadísticas del Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas no dejan lugar a dudas de ello: de 2001 a 2010, el porcentaje de familias que alquila en la ciudad de Buenos Aires pasó del 22 al 30%, mientras que el porcentaje de propietarios cayó del 68 al 56%. El proceso de "inquilinización", como se lo ha apodado en entornos académicos, responde a múltiples factores, entre los que se destaca un aumento constante del metro cuadrado, junto con el incremento de los créditos personales en detrimento de los créditos hipotecarios (40% del total de los créditos vs. el 10%, respectivamente).

12) Adaptado de Márquez y Calderón, obra citada. Quienes continúan: "por lo que no es bizantino ni superfluo discutir acerca de la posibilidad de

encuadrar a las locaciones de inmuebles dentro de la protección acordada a los consumidores. " Valga recordar e insistir: previo a la reforma de 2008, con un marco normativo mucho menos transparente que el actual.

13) Carlos Giudice S.A.c/ Marezi Mónica Beatriz s/ cobro ejecutivo. Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata Sala/Juzgado: Segunda Fecha: 4-dic-2012 Cita: MJ-JU-M-76045-AR | MJJ76045 | MJJ76045.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 7 DE JUNIO DE 2018

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.984, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1092, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1093, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1187, Ley 24.240 Art.1, Ley 24.240 Art.2, Ley 24.467 Art.83, LEY 25300, LEY 26.361, DECRETO NACIONAL 1.798/1994*

Ref. Jurisprudenciales: "Carlos Giudice SA c/ Marezi, Monica Beatriz s/ cobro ejecutivo", CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , BUENOS AIRES, 04/12/2012

Algunos caracteres del derecho del consumo aplicados en un fallo judicial

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 29 DE MAYO DE 2018

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-USUARIOS Y CONSUMIDORES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DAÑO PUNITIVO

TEXTO

Resumen. El fallo que se comenta reúne en su fundamentación ciertos estándares característicos del Derecho del consumo en su faz protectora de consumidores y usuarios. Estas breves reflexiones explicitan tales caracteres en los términos en que el tribunal interviniente los conciben remitiendo, a la vez, a aportes propios sobre la materia.

1. Un reciente fallo dictado por la Sala Tercera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, 'in re' "Renner, Cristian Oscar c/ AMX Argentina S.A. s/ cumplimiento de contrato" causa n° SI-28026- 2014", 28/03/2018, recoge algunas notas características del derecho del consumo, en su faz de defensa y protección de consumidores y usuarios. La demanda se promovió contra un proveedor de servicios de telefonía e internet móvil, reclamándose el cumplimiento de un acuerdo celebrado ante autoridad administrativa (oficina local de Defensa del Consumidor), daño moral y daño punitivo; el reclamo está centrado "en el incumplimiento de la accionada en la velocidad de navegación de internet oportunamente contratado" entendiéndose "que la situación se encuentra comprendida en las disposiciones de la Ley de Defensa al Consumidor" (n° 24.240 y mod. -LDC-). El tribunal confirma la sentencia de grado, que había condenado a la demanda en los tres rubros reclamados, habiendo calificado como relación -especie: contrato- de consumo el vínculo mantenido entre las partes (art. 3° -último párrafo-, LDC, y 1092, 1093 y ccs., CCC).

2. Respecto del incumplimiento contractual.

a) En primer lugar, el 'ad quem' aplica en su decisión, conjuntamente, el principio "pro consummatore", previsto genéricamente en los arts. 42, Cons. Nac., 1°, LDC, y 1095 -disp. primera- del Cód. Civ. y Com. -CCC-; y el principio "in dubio pro consummatore", de los arts. 3° -párrafo segundo- LDC, y 7° -último párrafo-, 1094 y 1095 -disp. segunda-, CCC; todo ello teniendo "presente los hechos relatados por las partes, el tiempo en que ocurrieron y los términos en que la situación tuvo lugar, como así también la incidencia que en el caso tenga la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación"; es decir, con referencia a la cuestión del 'derecho intertemporal o transitorio', derivada, en este caso, de dichas circunstancias (CONDOMÍ, 23/07/2015; y, en lo pertinente, 27/12/2017).

b) A renglón seguido, la Sala interviniente hace uso del principio "de las cargas probatorias dinámicas" (art. 1735, CCC), sosteniendo que "es la empresa de telefonía demandada quien se encuentra en mejor situación para producir las pruebas que demuestren su postura, alegando que no hubo quebranto de su parte y que cumplió en debida forma con el contrato y acuerdo complementario oportunamente suscripto, informándole al actor las condiciones específicas en que se modificaba su velocidad de internet"; cosa que no hizo. (Al respecto, en lo pertinente: CONDOMÍ, 27/12/2017).

c) A su turno, el tribunal se refiere al incumplimiento, por parte del proveedor, de su "deber de información" respecto del usuario, en los términos de los arts. 42, Cons. Nac., 4°, LDC, y 1100, CCC.

d) Asimismo, y con relación a la potestad del proveedor de hacer uso de un cierto 'ius variandi' en la prestación y alcance del servicio a su cargo, aun

"reconocida en la solicitud de servicio" por el usuario, sostiene la Sala que aquélla "no puede ser ejercida de modo abusivo en perjuicio del consumidor (art. 37 LDC)".

3. Respecto del daño moral.

a) En primer lugar, el 'ad quem' recuerda la aplicación al caso, del art. 7° -último párrafo-, CCC, que prevé el principio "pro consummatore" antes aludido.

b) Ello así, y resultando el art. 1738, CCC, de alcance más amplio que el derogado art. 1078, ex Cód. Civ. -de momento que ahora el daño moral "abarca todas las consecuencias no patrimoniales"-, aunado a que "la unificación de la responsabilidad civil ha eliminado las diferencias conceptuales y estructurales entre daño extracontractual y daño contractual", entonces -haciendo suyos los argumentos de la primera instancia- considera el tribunal que "la restricción de la velocidad de internet y la necesidad del actor de recurrir a las vías administrativa y judicial importaron hechos suficientes para generarle sentimientos de impotencia merecedores de resarcimiento económico", teniendo "por probados los momentos de incertidumbre y angustia por los que reclama el actor". El rubro reclamado se confirma. (En lo pertinente, puede verse: CONDOMÍ, 05/07/2017).

4. Respecto del daño punitivo.

a) La demandada plantea la 'inconstitucionalidad' del art. 52 bis, LDC, al oponerse "a garantías y principios del derecho penal (ya que) la norma no contiene de modo preciso el tipo penal, no refiere cuáles serían las obligaciones legales o contractuales cuyo incumplimiento acarrearía la penalidad y no contempla la graduación de la pena". El tribunal reprocha al quejoso, a fin de la tacha de inconstitucionalidad, que el mismo "nada refiere respecto a la existencia de un quebranto del orden constitucional, no evidencia conflicto de derecho alguno y menos aún demuestra que la aplicación de la norma al caso resulte un perjuicio a su parte, siendo sus argumentos dogmáticos y subjetivos"; pero se encarga de aclarar que la norma legal aludida, sobre la base de las disposiciones de los art. 49 y 47, LDC, "cumple con el principio de legalidad y con el debido proceso, pues siempre son aplicadas en sede jurisdiccional, en un procedimiento en el que se desarrollan todas las etapas, se concede al proveedor el derecho de defensa en juicio y a ofrecer toda la prueba que hace a su derecho, en el que finalmente puede ser condenado al pago del daño punitivo por un juez natural de la jurisdicción y competencia pertinente". Desestima, entonces, los argumentos de la apelante. (Sobre este punto puede consultarse: CONDOMÍ, 18/10/2017).

b) Respecto de la 'procedencia' del daño punitivo, la Sala -con apoyo de doctrina que cita, según la cual el daño punitivo tiende a sancionar el incumplimiento del proveedor 'per se'-, señala "la conducta indolente desplegada por la demandada en el presente caso", confirmando a la multa civil aplicada una misión disuasiva y reparadora, asociada no sólo a los valores de justicia y equidad sino también a los de seguridad y paz social". (Ver, asimismo: CONDOMÍ, 2016).

c) Respecto de la 'cuantía' de la "indemnización" (1), tiene en cuenta el 'ad quem' que el proveedor incurrió en "falta de información", "incumplimiento reiterado del contrato de provisión del servicio" a cuya prestación se había comprometido, y "la posición dominante de la empresa altamente reconocida en el mercado"; agrega a estas circunstancias, el hecho de haber desplegado la accionada, "una reprochable conducta contraria a la doctrina de los propios actos y de la buena fe (art. 9 CCCN)"; asimismo, imputa al proveedor un "accionar antijurídico", "un reprochable desprecio por los derechos de su cliente", así como una "actuación engañosa" en sede administrativa; en consecuencia admite 'la procedencia de la condena en concepto de "daño punitivo", esto es, el incumplimiento de una obligación contractual por parte de la demandada, quien menoscabó abiertamente los derechos de su cliente', que acredita "la existencia de todos los requisitos exigibles" a tal fin (2).

5. En virtud de lo expuesto, puede concluirse en que el fallo comentado

reúne ciertos estándares jurídicos que permiten al tribunal confirmar la sentencia de primera instancia, condenado a la demandada al fiel cumplimiento de lo acordado, a reparar el perjuicio extra-patrimonial sufrido por el accionante y a oblar la suma determinada en concepto de daño punitivo; todo ello sobre la base de un sólido "grupo normativo" (3) de disposiciones legales inherentes al régimen consumeril, "sistema normativo de protección al consumidor que ha incidido de modo transversal en un muy vasto sector del ordenamiento jurídico de carácter patrimonial, alterando los efectos ordinarios que se producían con anterioridad a su entrada en vigencia", indica la Sala.

Notas al pie:.

1) Respecto del 'concepto' en que se inflige el daño punitivo, cabe recordar que, siendo una 'multa' civil que se le impone, en rigor, la misma 'no presenta carácter reparador o indemnizatorio', sino lisa y llanamente 'sancionador': se trata de un padecimiento pecuniario ('plus' punitivo) que se le impone al proveedor por su incumplimiento (CONDOMÍ, trabajos citados en bibliografía, 'infra').

2) De acuerdo a las imputaciones dirigidas al proveedor, el fallo en comentario parece aceptar el criterio según el cual el mero incumplimiento en las obligaciones a cargo de aquél habilita la imposición de la multa civil prevista en el art. 52, bis, LDC, cit.; criterio que, a tenor del texto legal aludido, he sostenido con anterioridad (CONDOMÍ, 4/10/2017) y mantengo en el presente.

3) "Grupo normativo", df.: 'conjunto no vacío de normas conjugadas (compatibles y conexas), incluido en un sistema normativo mayor' (CONDOMÍ, 22/5/2015).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 29 DE MAYO DE 2018

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.7, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.9, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1092, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1093, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1094, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1095, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1100, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1735, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1738, Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.1, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.7, Ley 24.240 Art.37, Ley 24.240 Art.47, Ley 24.240 Art.49, Ley 24.240 Art.52*

REF. BIBLIOGRAFICAS

- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Undécima parte (Grupo normativo básico)"; www.infojus.gov.ar , 22/5/2015.

- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Código Civil y Comercial: Incidencia del Título Preliminar en el Derecho del consumo"; 23/07/2015; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF150424.

- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Decimoséptima Parte (El "daño punitivo)"; www.saij.gob.ar , 2016.

- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Cuestionable criterio jurisprudencial en un caso de derecho del consumo"; 05/07/2017; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF170283.

-CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Configuración del "daño punitivo" o "multa civil" en el derecho del consumo en Argentina: lo que el legislador no dijo no es ley"; www.saij.gob.ar; 4/10/2017.

- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Acerca de la Constitucionalidad del daño punitivo o multa civil en el derecho del consumo argentino"; www.saij.gob.ar; 18/10/2017.

- CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Consumidores: hay jueces que huyen de los Derechos Humanos"; www.saij.gob.ar , 27/12/2017.

Desarrollo tecnológico y responsabilidad. Los nuevos desafíos del derecho

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 18 DE MAYO DE 2018

TEMA

CIENCIA Y TECNOLOGIA-RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS ELABORADOS-CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

TEXTO

A. Aspectos generales.

i) Presentación. Es necesario dedicarle un tratamiento especial al desarrollo tecnológico y su vinculación con la responsabilidad. Estamos seguros de que su importancia irá aumentando hacia el futuro porque los daños estarán cada vez más asociados al uso de tecnologías intrincadas que apenas se conocen.

Para abordar correctamente estos temas, lo primero que debemos saber es que las publicidades omiten decirnos que los productos ingresan al mercado antes de que se sepa con certeza si tienen efectos colaterales futuros y nocivos.

En la industria farmacológica, por ejemplo, es bastante frecuente que los remedios deban ser retirados del mercado al poco tiempo de su aparición porque se descubre que no son aptos para el consumo humano (2).

ii) Las fallas de la ciencia. El núcleo de este tópico es analizar qué pasa cuando un producto es presentado en el mercado como inocuo y luego se descubre que no lo era. Se trata de examinar situaciones que muestran cómo un desarrollo científico posterior permite saber que es dañino un producto que se ignoraba que lo era.

En otro trabajo decíamos que, Quien desarrolla un producto debe actualizarlo de manera permanente; no es infrecuente que, al poco tiempo de lanzado al mercado, ese mismo producto o servicio sea superado, o al menos mejorado por la aparición de nuevas técnicas. En ese marco, quien desarrolla un producto o servicio de alta tecnología puede - razonablemente - alegar que al momento de ponerlo en circulación dispuso de toda la tecnología vigente en ese momento, pero que un año después esa misma tecnología ya era añeja. Los autores definen al riesgo de desarrollo como las consecuencias dañosas de un producto ignoradas al momento de su fabricación. Por nuestra parte, incluimos en esta categoría a aquellas consecuencias desfavorables de las que, aun pudiendo ser previstas, se desconoce la manera técnica de resolverlas. El dilema que se plantea consiste en determinar qué pasa con una falla o riesgo de un producto o servicio que, al tiempo de su lanzamiento, era desconocida o insuperable. Los riesgos de desarrollo se alojan en una zona gris, en la cual los eventuales daños pueden conjeturarse sin que, sin embargo, una solución sea posible. Frente a esta situación cabe interrogarse, si responde quien desarrolló el producto por un defecto que no tenía solución cuando empezó a comercializarlo. En caso negativo, (es justo que respondan los usuarios por el desarrollo imperfecto? (Quién debe hacerse cargo del desarrollo tecnológico? La cuestión divide aguas en la doctrina de todo el mundo (3).

En sumario, los aspectos que vamos a tratar de resolver en este capítulo pueden formularse así: (quién debe hacerse cargo de los riesgos asociados al desarrollo de la ciencia?.

iii) Los riesgos desconocidos y la relación causal. La mayor complicación del tema no radica en la atribución de responsabilidad por el riesgo de una cosa sino atribuirle por la mera existencia de un riesgo que no era conocido y que además no podía conocerse al momento de lanzar el producto.

El riesgo desarrollo como factor atributivo de responsabilidad implica, en cierto sentido, una aparente alteración del nexo causal porque al momento de salir el producto se ignoraba que tuviera la potencialidad dañosa que luego se manifiesta. Se trata, como veremos, de una aparente alteración porque en

realidad ni la ignorancia ni el conocimiento pueden alterar la causalidad adecuada de los sucesos. Empero, esta cuestión permite una formulación reversible, porque nadie puede negar que el conocimiento disminuye los efectos adversos de una causa y su ignorancia siempre los agrava. Conocer que el tabaco tiene incidencia causal determinante con el cáncer de pulmón permite realizar campañas que alerten esta situación; su ignorancia aumenta el número de personas que padecen esa enfermedad.

Analicemos un ejemplo imaginario. Supongamos que dentro de unos años se revela que el uso de los teléfonos celulares potencia el riesgo de desarrollar una enfermedad neurológica. En el presente se ignora la relación causal entre la dolencia y el uso de los teléfonos.

Si analizamos la conducta del fabricante de teléfonos celulares del ejemplo podemos decir que llegó a la conclusión razonable que el producto era inocuo. Por lo tanto, si luego ocurre la enfermedad neurológica podría afirmarse que su aparición no está causalmente asociada al uso del teléfono celular.

Las disyuntivas se vuelven más complejas a medida que se incluyen nuevos interrogantes. Veamos. (Se puede atribuir responsabilidad sin que haya una causa adecuada? (Se le puede exigir al productor que sepa lo que aún no es posible saberse? (La ignorancia es una eximente de responsabilidad? (Cuánto conocimiento le podemos exigir a un profesional?.

A lo largo del capítulo, Intentaremos responder estos dilemas examinando las distintas soluciones doctrinarias y, sobre todo, las novedades incorporadas en el Código Civil y Comercial. No obstante, adelantamos nuestra opinión: ni el conocimiento ni su ausencia altera la relación causal de los sucesos.

La ignorancia de que un hecho es causa de otro no le quita el carácter de serlo. La responsabilidad por los daños causados por el riesgo de desarrollo científico no involucra una cuestión causal, sino que solamente implica la asignación de responsabilidad a un sujeto para obligarlo a que repare los daños sufridos por otro. Es un tema de la teoría general de la responsabilidad y no de la causalidad filosófica.

iv) El riesgo y la disociación de la culpa. Antes de seguir avanzando, es conveniente hacer una reseña del desarrollo que ha tenido la noción de riesgo como factor atributivo de responsabilidad. En definitiva, la responsabilidad por el desarrollo tecnológico no deja de ser una hipótesis de riesgos atributivos de responsabilidad.

Entre los autores más clásicos, los hermanos Mazeaud tienen una visión crítica de la teoría del riesgo. Al examinar su pensamiento no debemos soslayar que para esa corriente de juristas cualquier apartamiento de la culpa (como presupuesto de la obligación resarcitoria) siempre representa un peligro para el sistema.

Esta concepción del daño y su reparación sostiene que admitir al riesgo como factor de responsabilidad se traduce en un incremento -irracional - de los reclamos de las víctimas de accidentes: Los autores preocupados por facilitar la acción de las víctimas de los accidentes, adoptaron primeramente una solución extrema: puesto que la obligatoriedad de una culpa es la que impide a los tribunales conceder reparación, negaron que la culpa fuera un requisito de la responsabilidad civil. Se es responsable, afirman, fuera de toda culpa; desde el momento en que un individuo, por su actividad -por ejemplo, el industrial por el funcionamiento de su maquinaria -, hace correr a los demás el riesgo de un daño, desde el momento en que se crea un riesgo, es responsable cuando ese riesgo se concreta. Es la teoría del riesgo (o del riesgo creado) (4).

Las reflexiones de los autores clásicos nos sirven para poner de relieve el verdadero núcleo de la teoría del riesgo: la disociación entre la culpa del agente dañador y su obligación de reparar a la víctima.

Díez-Picazo tiene una visión crítica de la responsabilidad por riesgo. Como crítica de partida se podría decir que trasladar acriticamente la responsabilidad derivada de los accidentes de trabajo a todo el sistema era algo que no tenía completa justificación, como no fuera la de facilitar las demandas de indemnización, porque, en efecto, una cosa es adoptar justas medidas de política social, que, al mismo tiempo que aseguran a las clases trabajadoras, permiten un normal funcionamiento de las empresas, y otra muy distinta es establecer una regla de responsabilidad aplicable a los más heteróclitos supuestos. Por lo demás, la generalización de la idea de que las cosas inanimadas causan daños tampoco tenía un fundamento correcto. Como decía Planiol, ello suponía establecer dos reglas de Derecho diferentes y

contradictorias entre sí, dependiendo de la circunstancia de que, en cada caso, existiera o no el llamado "hecho de una cosa", cuando, hablando con justeza, el hecho de la cosa no existe y la llamada responsabilidad por el hecho de las cosas constituye una cabal ilusión. Es cierto que se ha podido hablar de un determinismo interno de algunas cosas como máquinas, automóviles y animales y por esta razón se ha podido distinguir entre cosas activas y cosas inertes, pero la verdad que no hay más actos que los humanos y que lo que se juzgan son siempre los actos humanos (5).

Tiene razón, en algún sentido, Díez-Picazo. Por más que se hable de daños causados con la cosa o por el uso o el riesgo de la cosa, siempre se atribuye responsabilidad a un obrar humano. El acto antijurídico es siempre humano. La teoría del riesgo no se basa en la actividad de las cosas inanimadas sino en la explotación comercial que hace el hombre.

El citado autor, tomando una reflexión de Karl Larenz (1903 - 1993) explica la teoría del riesgo: La responsabilidad no se funda en que el responsable haya obrado injustamente, sino en que está obligado a soportar en virtud de la ley el riesgo de producir un daño para otro unido a una actividad autorizada. Responsable es, en principio, aquel que conoce y domina en general la fuente u origen del riesgo -aunque no necesariamente el curso del acontecimiento productor del daño- y que no con carácter transitorio obtiene provechos de la misma; la ley habla de "empresario fabril" y de "tenedor" de un animal o de un automóvil. Se le impone la responsabilidad por los riesgos unidos generalmente para otros por dicha explotación, por la tenencia de su animal o por la utilización de un vehículo, porque aparece socialmente justificado que cargue con el riesgo del daño, y no aquel a quien "causalmente" se le haya producido un daño de esta clase. Lo cual se funda en el pensamiento de que el que obtiene la ventaja ha de tomar también sobre sí los perjuicios que a ella van unidos para otros. Se puede decir que la persona que emprende una actividad permitida que puede crear o mantener una fuente de peligros para otra carga sobre sí por ello una responsabilidad especial y, como consecuencia, ha de responder del peligro. Así pues, en el supuesto de la responsabilidad por riesgo se trata de una imputación más intensa desde el punto de vista social respecto de una determinada esfera de riesgos, de una distribución del riesgo de daño adherido a una determinada actividad según los patrones o medidas, no de la imputabilidad y de la culpa, sino de la asignación del riesgo a aquel que lo crea o domina, aunque sólo en general (6).

La reflexión nos permite concluir que la responsabilidad, aún en su variante objetiva, está subordinada a cuestiones subjetivas porque sólo se enciende cuando se conocían o debían conocerse los riesgos implícitos en la explotación comercial.

La responsabilidad por riesgo, entonces, está supeditada a dos ideas: a) el conocimiento real o presunto, pero posible, de la existencia del riesgo; b) la obtención de un beneficio o ventaja derivado de la explotación de la cosa.

v) El riesgo desconocido y la responsabilidad absoluta. Nos parece razonable integrar la noción de riesgo con la de explotación comercial. Sin embargo, no podemos omitir la formulación de nuevos interrogantes: (a) (Qué ocurre con la responsabilidad del agente si el daño ocurre por un riesgo no necesariamente asociado a la explotación comercial? (b) (La sola noción de aprovechamiento comercial, sin el debido conocimiento del riesgo, es suficiente para atribuir responsabilidad? (c) (Nos estamos acercando a un sistema de responsabilidad absoluta que incluye a los daños derivados de casos fortuitos?.

El límite entre conocer algo, la obligación legal de tener un conocimiento, y la posibilidad real de tenerlo son situaciones que marcan la frontera divisoria entre el hecho del hombre y el de la naturaleza. Veamos. Si al momento de lanzar el producto al mercado no solamente se desconocía su peligrosidad sino que era imposible conocerla surge un interrogante de muy difícil respuesta: (es posible imponer una sanción, o una obligación resarcitoria a quien ha cumplido todos los recaudos legales y humanos a su alcance?

Los autores más críticos de los avances de la responsabilidad objetiva sostienen que cuando el daño es imposible de preverse nos enfrentamos a un supuesto más cercano al "casus" que al factor objetivo de responsabilidad.

Díez - Picazo reflexiona: En otras ocasiones, la línea de objetivación se produce inventando, en el mejor sentido de la palabra, a posteriori, los deberes de diligencia que sobre las personas pesaban, por más que, con

anterioridad, nadie pudiera descubrirlos (7). La idea del jurista español es que, si el riesgo no pudo ser conocido, aun aplicando toda la diligencia exigible a un profesional, la responsabilidad se impone de manera absoluta y sin que haya ninguna eximente que pueda aliviarla. Por lo tanto, no se trata ya de un caso de responsabilidad objetiva sino de una responsabilidad absoluta.

Un poco más adelante veremos cómo este sistema parece estar comprendido en nuestro Código Civil y Comercial en los arts. 1733 y 1757.

B. La noción de strict liability del derecho norteamericano.

i) Presentación. La jurisprudencia norteamericana desarrolló el concepto de strict Liability que funciona como un factor objetivo de responsabilidad que realmente prescinde de la idea de culpa (without proof of negligence) (8).

A continuación vamos a ver algunos casos del derecho norteamericano que nos muestran el desarrollo de la responsabilidad objetiva hasta llegar a nuestros días.

ii) Helen Palsgraf v. The Long Island Company, 1928 (9). En Palsgraf, el inimitable juez Benjamín Cardozo (1870 - 1938) (10) se ocupó de los riesgos previsibles y de la responsabilidad que a ellos les cabe. El asunto trata de un pasajero que al intentar subir a un tren trastabilla y estuvo a punto de caer si no fuera por la asistencia que le prestaron dos guardias ferroviarios. Mientras uno de los guardias sujetaba al pasajero desde arriba del tren el otro, desde abajo de la formación, lo empujaba hacia adentro para evitar que cayera. En la maniobra de salvataje, el pasajero sin querer deja caer un pequeño paquete envuelto en papel de diario que llevaba en su mano. Los guardias, preocupados por terminar de subirlo al tren, no le prestaron atención al paquete. Nadie advirtió que el envoltorio, tapado por el papel de diario, contenía pirotecnia que al caer al piso explotó. La detonación le causó lesiones a otro pasajero que se encontraba también en la estación (11). El pasajero lesionado demandó a la compañía ferroviaria. Cardozo, que condujo el voto de la mayoría, desestimó el reclamo. Entre otras cosas, el juez dictaminó que no existía relación causal entre el accionar de los guardias y las lesiones sufridas por la víctima; de hecho, señala el fallo, los guardias habían actuado con absoluta diligencia, siendo imposible advertir que el envoltorio contenía explosivos y que, por tanto, era una cosa riesgosa (12).

Este es el meollo de la cuestión: resultó imposible determinar que ese paquete que contenía explosivos escondidos dentro de un diario podía ser riesgoso para el resto de los pasajeros o transeúntes. Si el riesgo no fue advertido, es imposible atribuir responsabilidad a los guardas o a la compañía ferroviaria (13).

Es importante tener en cuenta que el fallo Palsgraf es del año 1928, época que todavía estaba fuertemente dominada por las corrientes doctrinarias más subjetivistas en materia responsabilidad. Según el veredicto, la noción de cosa o actividad riesgosa sólo encendía tras analizar la conducta del agente. El riesgo, el daño y la obligación resarcitoria debían estar vinculados con la conducta del agente dañador y si éste ignoraba el riesgo, o ese riesgo era impredecible, no se le podía imponer la obligación de indemnizar a la víctima.

iii) Gladys Escola v. Coca Cola, 1944 (14).

a.- Presentación El criterio jurisprudencial que vimos en el caso Palsgraf tuvo una evolución definitiva a partir de la segunda mitad del siglo XX. A partir de ese momento histórico la obligación de resarcir, basada en factores objetivos, avanzó mucho más de lo que pudo imaginar Benjamin Cardozo en las primeras décadas del siglo veinte.

En ese contexto histórico, es importante advertir la irrupción de nuevas doctrinas impulsadas por notables juristas que pensaban que el daño no reparado dejaba un saldo doblemente injusto. Por un lado, una víctima lastimada en su persona y en su patrimonio y por el otro un sujeto impune y listo para causar un nuevo daño.

Entre esos juristas, destaca la labor de Roger J. Traynor (1900 - 1983), juez del tribunal superior del Estado de California y Presidente de ese tribunal en una carrera judicial brillante que duró 30 años (15). Este magistrado aportó votos emblemáticos en fallos de suma trascendencia en

materia de responsabilidad objetiva. Sin dudas Traynor debió integrar la Suprema Corte Nacional de su país; pero desgraciadamente y como ocurre en todas las geografías, el brillo de la inteligencia choca con las opacidades de la política y Estados Unidos desperdició a uno de los mejores juristas del siglo XX .

Analicemos ahora los criterios empleados para resolver *Escola v Coca Cola*, recordando que el veredicto se destaca por el voto propio (de minoría) del Juez Traynor.

Los hechos del caso *Escola* cuentan la historia de una camarera (Gladys *Escola*) que, lógicamente, pasaba gran parte de su jornada laboral llevando y trayendo botellas de gaseosas a las mesas de los clientes. Un día, una botella de Coca-Cola estalló en la mano de Gladys y le causó lesiones de cierta gravedad.

La víctima demandó a la compañía por defecto o vicio en la fabricación del envase (16).

b.- El voto propio del Juez Traynor. El fallo resultó favorable a Gladys *Escola*. Empero, lo más importante fueron los argumentos propios del Juez Traynor que en esa ocasión votó, como tantas veces lo hacía, en minoría, como si quisiera ejemplificar lo bien que le hace a un cuerpo colegiado tener disensos internos y lo poco que lucen las complacencias basadas en conveniencias burocráticas.

Entre otras cosas, el Magistrado estableció que la negligencia de la compañía ni siquiera debía ser examinada para determinar su condena, siendo suficiente declarar la responsabilidad objetiva de la compañía. Todo producto puesto en el mercado y que ocasiona un daño, dice Traynor, hace responsable al productor salvo que éste acredite que la víctima hizo un mal uso del producto (17).

El juez, lejos de conformarse con resolver el asunto concreto, abrió el tema de la responsabilidad objetiva hasta límites insospechados para esa época. El nudo de su argumento consiste en explicar que, más allá de la evidente negligencia de la compañía, ella es responsable por más que no se le pueda reprochar algún comportamiento negligente.

Para el Juez Traynor, la responsabilidad objetiva es una cuestión de orden público e interés social. Para nosotros también.

c.- La responsabilidad objetiva es una Cuestión de Estado. Traynor tenía un pensamiento radical: sostenía que indemnizar a las víctimas de los daños no es una cuestión jurídica sino de políticas públicas. Para Traynor, el Estado debe asegurar que todo daño sea reparado (18).

El razonamiento del juez es sólido. El sostiene que los daños nunca son anticipados ni previsionados por los usuarios; en cambio, esos costos pueden ser pronosticados por el productor con relativa exactitud.

Un fabricante puede calcular estadísticamente el daño que va a ocasionar el producto una vez en el mercado y también puede incluir ese costo en el precio final del producto que será pagado -fraccionadamente - por cada adquirente.

El productor puede distribuir los daños eventuales entre sus clientes sin afectar la rentabilidad de su negocio. Por el contrario, las víctimas de un accidente no pueden hacer ese cálculo ni tampoco distribuir las pérdidas económicas resultantes del daño. Cuando sufre un daño, el sujeto asume todas sus consecuencias patrimoniales y morales (19).

Traynor entiende que la intervención del Estado es esencial para que no circulen en el mercado productos riesgosos. Si ellos están en el mercado y ocasionan un daño, es una cuestión de Estado que los fabricantes respondan pagando las indemnizaciones correspondientes. La reparación del daño es una obligación social que va más allá de probar la negligencia del fabricante del producto.

Esta clase de pensamiento, y la categoría doctrinaria de quienes lo sostenían, marcaron el sendero de la responsabilidad objetiva que hoy conocemos.

C. Los desafíos del progreso científico.

i) Presentación.

El progreso científico tiene dos virtudes simultáneas que aparentan ser contradictorias pero que son complementarias.

La primera ventaja del conocimiento es que nos regala un saber que antes no teníamos. La segunda nos alerta acerca de la incompletitud del saber humano. Todo cuanto sabemos es provisorio y depende de cuan pronto lleguemos a conocer las infinitas cosas que aún ignoramos. Es muy probable que un descubrimiento

próximo derogue las verdades del anterior; así, la idea de una evolución permanente del conocimiento hace que tengamos una sola certeza: dentro de poco vamos a conocer nuevas verdades que hoy permanecen ocultas.

Esta convicción incluye, desde luego, la eventualidad de que un producto que se suponía inocuo se descubra que no lo era. Como señala Lidia Garrido Cordobera: Vemos, en cambio, que puede conceptualizarse el riesgo desarrollo, de un modo más técnico, como aquellas consecuencias dañosas de un producto que, siendo desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción en masa, se autoriza para el consumo y comercialización, y son luego, con el avance de la ciencia y las técnicas, consecuencias directas de la utilización de dicho producto (20).

El Derecho es constantemente desafiado por la aparición de nuevos conocimientos. Es preciso evitar caer en el anacronismo normativo y buscar, ante cada desafío, soluciones idóneas para los tiempos que corren. Pocas cosas afectan más severamente a un sistema normativo que su extemporaneidad.

El poder judicial en su conjunto, aún en mayor medida que los operadores privados del derecho, debe asegurar y exigir la capacitación permanente de sus funcionarios. La falta de aprendizaje de nuestros magistrados es uno de los grandes déficits del deficitario sistema de justicia argentino.

ii) (La imposibilidad de adquirir un conocimiento es una eximente de responsabilidad?).

Uno de los dilemas que encierra la noción de riesgo desarrollo consiste en determinar si la falta de conocimiento que se tenía al momento de lanzarse el producto implica una ruptura causal con el daño ocurrido o una eximente de responsabilidad del agente dañador. Ya hemos anticipado nuestra opinión acerca de que la ignorancia no altera la relación causal que une un hecho a su antecedente; por más que no se sepa que un hecho es causa de otro la ignorancia provisoria no borra ese vínculo causal. El punto central es, a nuestro modo de ver, determinar si esa ignorancia puede constituir una eximente de responsabilidad.

A nuestro modo de ver para ingresar correctamente al tratamiento de estos temas será necesario despejar tres cuestiones de suma importancia. Veamos. (a) En primer lugar, habrá que resolver si el agente puede escudarse en esa falta de conocimiento para repeler una acción indemnizatoria. (b) En segundo lugar, debemos señalar que la existencia de eximentes de responsabilidad no necesariamente implica que la víctima del daño no deba o no pueda ser indemnizada. (c) En tercer lugar, la posibilidad de que existan excusas eximentes para el agente, y la necesidad de que haya una reparación integral para la víctima abre otro interrogante: (quién debe pagar los daños efectivamente sufridos por la víctima?).

Volveremos sobre este tema unos párrafos más adelante al tratar los fondos de garantía. Sin embargo, a modo de anticipo, señalamos que es posible que el agente del año alivie su responsabilidad y que la víctima obtenga una reparación plena del daño.

iii) La responsabilidad sin antijuridicidad. Otro tema importante que gira en torno de la responsabilidad por el riesgo del desarrollo es la antijuridicidad.

Esta nueva hipótesis de responsabilidad nos lleva a un estadio donde habrá una obligación resarcitoria sin que haya sido previamente violada alguna norma jurídica. Es decir: la responsabilidad por el riesgo de desarrollo supone la probabilidad de que haya responsabilidad sin antijuridicidad.

Esta cuestión de la antijuridicidad y la responsabilidad, a pesar de presentarse como una aporía no lo es; ni siquiera representa una grave dificultad porque en la moderna teoría general de la responsabilidad, la causa de la obligación resarcitoria está dada por la existencia del daño antes que por la existencia de una conducta contraria a una norma más o menos típica.

El jurista Luis R.J. Saenz, aporta una reflexión útil para este tema: Siguiendo las tendencias antes aludidas, el Código Civil y Comercial consagra una antijuridicidad objetiva y material. En efecto, el art. 1717 establece que es ilícita cualquier acción u omisión que ocasione un daño, con lo que para que configure este presupuesto basta con que se viole el deber general de no dañar a otro (21).

Quien puso el producto en el mercado tomando todas las diligencias debidas no

incurrir en ninguna infracción ni violenta ninguna ley y, hasta podría decirse, actúa de buena fe. Sin embargo, por imperio de un principio de mayor jerarquía (*Alterum non ladere*) se le impone una obligación resarcitoria por la sola existencia del daño.

Esta solución, como bien señala Sáenz, es compatible con el actual art. 1717 CCyC que dispone: Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada. La antijuridicidad está dada por el daño y no por la violación de un texto normativo.

Y Acierta nuevamente Sáenz cuando afirma que: Así las cosas, ya no existe ninguna duda en cuanto a que la ilicitud civil, a diferencia de la penal, es atípica, pues no es necesario que la ley describa, en cada caso, con detalle, la conducta prohibida (22).

En el daño relacionado con el riesgo del desarrollo no existe una violación normativa y tampoco hay conciencia de la posibilidad de daño. No obstante, esa circunstancia no impide sostener que la víctima del daño debe ser plenamente resarcida. Empero, no podemos soslayar que buena parte de la doctrina nacional no comparte este criterio y tiende a restringir el ámbito de responsabilidad a los mismos criterios que fueron útiles hace unos doscientos años (23).

En sumario, nosotros sostenemos que la idea tutelar y reparadora prevalece sobre la exigencia de antijuridicidad, propia de la teoría de la responsabilidad clásica.

iv) Los fondos de garantía.

La demanda social de confort no pocas veces hace que los productos ingresen al mercado más rápido de lo debido. El Estado, en última instancia, permite que esos productos se ofrezcan tolerando los riesgos de una eventualidad dañosa ignorada al momento del lanzamiento. Volvemos a coincidir con Garrido Cordobera: Es una realidad que no podemos asistir al espectáculo diario de ver que la reparación no cumpla con su fin y que queden daños sin ser reparados y es por eso que bregamos por la instalación de los sistemas de fuente colectiva de reparación. Hoy la certeza de que la víctima será reparada viene también de la mano de institutos tales como el seguro y los fondos de garantía.

Una vez aceptada la idea de que los daños deben ser reparados más allá de la culpa del agente, todavía nos queda por resolver una cuestión muy importante: (¿quién debe hacerse cargo de pagar los daños derivados del desarrollo tecnológico?).

Nosotros pensamos que esos daños deben ser pagados por el Estado a través de un fondo de garantía especialmente creado con esa finalidad resarcitoria.

La reparación de los daños y el resarcimiento integral de las víctimas es una noción integrada al orden público y al bien común. Por lo tanto: ningún daño injusto, en los términos del art. 1717 CCyC, debe quedar sin reparación.

El fondo de garantía, que debería ser administrado por un organismo del Estado nacional, podría integrarse con distintos aportes. Por ejemplo, un porcentaje de lo que anualmente se recaude en concepto de daños punitivos, o una parte de lo que las oficinas de defensa del consumidor colecten anualmente en concepto de multas aplicadas en los procesos que llevan adelante.

Si se agudiza el ingenio en la búsqueda de soluciones creativas, no debería ser tan dificultoso crear un fondo cuya finalidad sea resarcir este tipo particular de daños. Es importante que todos los daños que ocurren tengan una reparación. Como dijimos antes, el daño no reparado deja a la víctima sin resarcimiento y al agente dañador impune y preparado para cometer, gratuitamente, el próximo daño.

D. Los riesgos del desarrollo tecnológico en el ordenamiento jurídico nacional.

i) Presentación de las distintas normas involucradas. Trataremos de despejar si en nuestro ordenamiento normativo es posible la reparación de los daños derivados de los riesgos del desarrollo.

El daño por el riesgo de desarrollo, como factor atributivo de responsabilidad, implica la creación de una obligación resarcitoria sin que se verifique una conducta antijurídica.

Se trata, hay que admitirlo, de hacer resarcibles las consecuencias mediatas no previsibles de un hecho. Esto ocasiona una primera contradicción con el art. 1726 CCyC que excluye la reparación de esa clase de consecuencias

denominadas consecuencias casuales en el art. 1727 CCyC .

El empresario que siguiendo todas las pautas legales ingresa al mercado un producto al mercado no hace otra cosa que ejercer de manera regular su derecho constitucional al libre comercio. Aun admitiendo que existen casos en los que es posible la reparación de un daño sin que se registre una antijuridicidad formal, no debemos olvidar que el art. 1718 CCyC excusa a los daños causados en el ejercicio de un derecho regular (24).

No obstante, la excusa dispuesta en el inciso 1 del art. 1718 puede ser contrarrestada por el art. 1757 CCyC que extiende la responsabilidad por los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas. Más adelante haremos un desarrollo más extenso de esta norma, pero anticipamos que ella postula que: ...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. En sumario, esta última norma prescribe que el ejercicio regular de un derecho no es excusa suficiente para excusar la reparación de los daños ocasionados.

Estas contradicciones en los textos legales nos permiten anticipar que se avecinan diversos conflictos normativo entre las eximentes dispuestas en el art. 1718 CCyC y las agravantes de responsabilidad ordenadas en el art. 1757 CCyC.

Nosotros pensamos que esa puja debe resolverse en favor de aplicar la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1757. Empero, todas estas cuestiones tendrán que transitar un largo camino en los tribunales antes de que podamos hablar de una doctrina consolidada.

ii) Los riesgos desconocidos y la responsabilidad por el caso fortuito. Otro de los obstáculos que presenta la idea de reparar los daños derivados del desarrollo es ellos no pueden ser calificados como consecuencias inmediatas, ni mediatas previsibles.

Esto significa que por tratarse de consecuencias mediatas no previsibles, deben ser asumidas eventualidades casuales y, en principio, están excluidas del régimen de responsabilidad previsto en el art. 1726 CCyC (25).

No obstante, esta limitación también puede superarse por aplicación del art. 1733 CCyC que admite algunas hipótesis en las que el deudor debe responder, aún en los casos de fuerza mayor (26).

Los riesgos por el desarrollo constituyen una de las hipótesis excepcionales previstas en el art. 1733 CCyC. Se trata de contingencias relacionadas con una actividad determinada que deben ser asumidas por los empresarios. Por más que el daño se deba a un riesgo que no se conocía al momento de lanzarse el producto, circunstancia que lo asemeja al caso fortuito, la reparación es exigible según lo dispone en la citada norma.

Pensamos que el texto legal alude al riesgo desarrollo y que el legislador quiso imponer al deudor la carga de los riesgos relacionados con su actividad. Este camino interpretativo del art. 1733 nos conduce a la responsabilidad plena por los daños derivados de los riesgos por el desarrollo.

iii) Las actividades riesgosas y la responsabilidad objetiva. En favor de la responsabilidad por los riesgos, también se levanta la disposición prevista en el artículo 1757 CCyC (27) cuyo apartado final dice: ...La responsabilidad es objetiva. 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.

La norma, en definitiva, dispone que los empresarios no podrán eximirse de responsabilidad porque ella los persigue más allá de las prevenciones que hayan tomado. Se trata, como enseguida veremos, de otra vuelta de tuerca en materia de responsabilidad objetiva.

iv) La ultraobjetivación de la responsabilidad. La sistemática vigente a partir de la aparición del Código Civil y Comercial marca un claro predominio de los factores objetivos de atribución sobre los subjetivos. Algunos pensadores nacionales hablan de una ultraobjetivación de la culpa.

Las reflexiones críticas del notable jurista Marcelo López Mesa dan cuenta de cómo las tendencias objetivas fueron prevaleciendo en la teoría general de la responsabilidad. Veamos sus argumentos:.

a) Somos devotos confesos, desde hace veinte años, de la idea de que la culpa no puede ni debe desaparecer del firmamento jurídico como factor de atribución de responsabilidad no subsidiario sino principal (28).

b) Nos parece que el derecho civil, si pretende seguir llamándose derecho, debe buscar un responsable y no escoger un mártir al azar; debe conceder una

indemnización y no consumir un despojo, pues en tal caso, no sería muy distinto del derecho de las sociedades bárbaras, con sus rudimentarias formas de imponer orden y castigo, no justicia. La objetivación extremista del derecho, la búsqueda irreflexiva de un pagador en vez de un responsable, implica no menos que la vuelta al derecho anterior a la invención de la rueda. Y contra ello reaccionamos, como ha reaccionado en Europa, buena parte de la mejor doctrina Contemporánea (29).

Desde nuestra concepción, opuesta a este pensamiento, sostenemos que no es cuestión de encontrar mártires sino de asegurar una tutela efectiva que impida la existencia de daños sin reparación.

El Derecho debe buscar en la ciencia económica nuevas soluciones que sean útiles para los sujetos más vulnerables del sistema. Se trata de abandonar las miradas puramente ideológicas e incorporar herramientas de otras ciencias, fundamentalmente de la sociología y de la economía.

A pesar de su visión crítica y aguda, López Mesa admite el avance de un sistema sobre el otro: Yendo a la situación específica del derecho argentino actual, ya no es posible discutir, al ser un dato de la realidad circundante, la objetivación que se ha ido operando -para bien y para mal- en el derecho de daños del siglo XXI, al influjo de los constantes progresos científicos y tecnológicos, y del incremento de los riesgos, que ha sido su efecto no deseado (30).

Esta es la convergencia que nos interesa resaltar: ya no es discutible que el sistema de culpa subjetiva ha sido desplazado por un sistema de responsabilidad que se basa en factores objetivos de atribución y en eximentes de responsabilidad cada vez más acotadas.

Es evidente, pensamos, que nos estamos acercando a un sistema que tiende a lograr la reparación de todos los daños injustamente padecidos.

v) La incongruencia del Código Civil y Comercial. Finalmente, López Mesa formula una crítica con la que sí coincidimos porque marca una incongruencia del Código. Veamos. El apartado final del art. 1721 CCyC (31) dispone: "...En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa".

Este enunciado, que según el jurista fue redactado de manera confusa, podría inducir a pensar que en el actual ordenamiento jurídico la teoría general de la responsabilidad se cierra en torno de la culpa. En verdad, López Mesa no se queja del cierre del art. 1721 CCyC sino de la apertura -demasiado amplia- dispuesta el art. 1757. El reproche consiste en resaltar que el reformista le adjudica al art. 1721 la vigencia de un principio que ha caducado por decisión del propio legislador (32).

Lo cierto es que no se entiende el sentido establecer una norma de clausura subjetivista cuando todo el sistema se ha corrido hacia la objetivación de la responsabilidad. Sin embargo, y más allá de señalar la contradicción incomprensible de la norma, no debemos prestarle mayor atención porque la declinación de la responsabilidad subjetiva no tiene retorno en nuestro ordenamiento jurídico.

Pensamos, ya para cerrar este breve ensayo que lo relevante es comenzar a entender que en el nuevo sistema legal que propone el Código Civil y Comercial los principios de la teoría general de la responsabilidad y sus eximentes han sido reemplazados por normas más tutelares y por un Estado que interviene cada vez más en el ámbito de la contratación privada.

Ese es el núcleo de la cuestión: el individualismo, que tuvo su apogeo al finalizar el siglo XIX y que duró hasta la segunda mitad del siglo XX, ha sido desplazado por un moderado y necesario intervencionismo oficial.

Notas al pie:.

1) Abogado (UBA - 1987); especialista en relaciones de consumo. Actualmente se desempeña como Letrado de la Cámara de Apelaciones de Trelew. Fue Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos - 2002-2004). Es Profesor invitado de la Maestría en derecho Civil Patrimonial, en la materia Derecho el Consumidor de la Pontificia Universidad Católica Argentina y Profesor del Curso de Posgrado sobre Defensa del consumidor en Pontificia Universidad Católica Argentina. En 2017 publicó, Estatuto del Consumidor, Bogotá, Editorial Astrea SAS - Universidad del Rosario; y Tutela Judicial del Consumidor, Buenos Aires, 20XII Grupo

Editorial. En 2016 publicó (junto con Silvio Battello) Fundamentos para la protección del Consumidor, San José, CR, Editorial Jurídica Continental. En 2016 publicó Sistema legal para la defensa del consumidor, Buenos Aires, Astrea. En 2015 publicó Código Civil y Comercial concordado, Buenos Aires, Astrea. En 2014 publicó Daños al consumidor, Buenos Aires, Astrea. En 2009 publicó La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos, Buenos Aires, Editorial Universidad. Puede ser contactado en fernandoshina@gmail.com.

2) Como ejemplos históricos de este problema tenemos el caso de la fatigas de los metales, del amianto, y como hitos trágicos la talidomida, que en la década de los '60 produjo malformaciones en los hijos de las mujeres que consumieron esa droga; el DES, que al promediar la década de los '70 produjo tumores en las hijas de las mujeres que habían consumido este estrógeno para conservar el embarazo, y en la actualidad ha vuelto a discutirse con motivo de los casos de contaminación transfusional del HIV. Garrido Cordobera, Lidia, "La responsabilidad por el riesgo desarrollo", en Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 172 -173.

3) Shina, F., Daños al consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 230 - 231.

4) Mazeaud, Henri - Mazeaud, Jean, Lecciones de Derecho Civil, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa -América, 1978, Trad., Luis Alcalá - Zamora y Castillo, p 18.

5) Díez-Picazo, Luis, CULPA Y RIESGO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL, Universidad Autónoma de Madrid, en AFDUAM, 2000, <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/culpa%20y%20riesgo%20en%20la%20responsabilidad%20civil.pdf> , Captura: 7/12/2016.

6) Díez-Picazo, Luis, Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual..., P 155.

7) Díez-Picazo, Luis, Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual..., P 158.

8) En la jurisprudencia inglesa y norteamericana se ha hablado y se continúa hablando de strict liability para designar supuestos en los que la demanda de indemnización no se funda necesariamente en la culpa del demandado. Se ha puesto de relieve que la noción de strict liability, en el Derecho de daños, es muy antigua, de manera que no puede decirse justamente que haya una evolución desde la responsabilidad por culpa a la responsabilidad estricta, sino al contrario: es la idea de que la responsabilidad no es necesariamente estricta la que es relativamente moderna, por lo que en la reaparición de la llamada strict liability puede encontrarse algún rastro de viejas decisiones sobre los casos de trespass of cattle, que proceden de 1353. Díez Picazo, L., "CULPA Y RIESGO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL...", P 157.

9) 248 NY 339, 162 N.E. 99, NY 1928 - CITE TITLE AS: Palsgraf v Long Is. R.R. Co. Palsgraf v Long Is. R.R. Co., http://www.nycourts.gov/reporter/archives/palsgraf_lirr.htm, Captura: 1/03/2017.

10) Nacido dentro de una familia sefardí, a partir de 1891 se dedicó a la práctica de la abogacía, tras ser admitido en el colegio de abogados de Nueva York. Fue elegido para hacerse cargo del Tribunal Supremo de Nueva York en 1913 y rápidamente fue promovido para pasar al Tribunal de Apelaciones estatal. Fue designado a la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1932, donde trabajó hasta 1938. Durante su servicio en la Corte Suprema redactó la opinión mayoritaria que respalda la constitucionalidad del Decreto de Seguridad Social de los años 1930. (Wikipedia, https://es.wikipedia.org/wiki/Benjamin_Cardozo, fecha de captura: 21-04-2018).

11) Plaintiff was standing on a platform of defendant's railroad after buying a ticket to go to Rockaway Beach. A train stopped at the station, bound for another place. Two men ran forward to catch it. One of the men reached the platform of the car without mishap, though the train was already moving. The other man, carrying a package, jumped aboard the car, but seemed unsteady as if about to fall. A guard on the car, who had held the door open, reached forward to help (*341) him in, and another guard on the platform pushed him from behind. In this act, the package was dislodged, and fell upon the rails. It was a package of small size, about fifteen inches long, and was covered by a newspaper. In fact it contained fireworks, but there was nothing in its appearance to give notice of its contents. The fireworks when they fell exploded. The shock of the explosion threw down some scales at the other end of the platform, many feet away. The scales struck the plaintiff, causing injuries for which she sues. 248 NY 339, 162 N.E. 99, NY 1928 - CITE TITLE

AS: Palsgraf v Long Is. R.R. Co,

http://www.nycourts.gov/reporter/archives/palsgraf_lirr.htm, Captura: 1/03/2017.

12) The conduct of the defendant's guard, if a wrong in its relation to the holder of the package, was not a wrong in its relation to the plaintiff, standing far away. Relatively to her it was not negligence at all. Nothing in the situation gave notice that the falling package had in it the potency of peril to persons thus removed. Negligence is not actionable unless it involves the invasion of a legally protected interest, the violation of a right. "Proof of negligence in the air, so to speak, will not do" (Pollock, Torts (11th ed.), p. 455; Martin v. Herzog, 228 N. Y. 164, 170; cf. Salmond, Torts (6th ed.), p. 24). ... 248 NY 339, 162 N.E. 99, NY 1928 - CITE TITLE AS: Palsgraf v Long Is. R.R. Co, http://www.nycourts.gov/reporter/archives/palsgraf_lirr.htm, Captura: 1/03/2017.

13) If no hazard was apparent to the eye of ordinary vigilance, an act innocent and harmless, at least to outward seeming, with reference to her, did not take to itself the quality of a tort because it happened to be a wrong, though apparently not one involving the risk of bodily insecurity, with reference to someone else. "In every instance, before negligence can be predicated of a given act, back of the act must be sought and found a duty to the individual complaining, the observance of which would have averted or avoided the injury... 248 NY 339, 162 N.E. 99, NY 1928 - CITE TITLE AS: Palsgraf v Long Is. R.R. Co, http://www.nycourts.gov/reporter/archives/palsgraf_lirr.htm, Captura: 1/03/2017.

14) Escola v. Coca-Cola Bottling Co., 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436, 1944, <http://online.ceb.com/calcases/C2/24C2d453.htm>, Captura: 1/03/2017.

15) Roger John Traynor (February 12, 1900 - May 14, 1983) served as the 23rd Chief Justice of California from 1964 to 1970, and as an Associate Justice from 1940 to 1964. A nationally respected jurist, Traynor's 30-year career as California's 77th Justice coincided with tremendous demographic, social, and governmental growth in California and in the United States of America, and was marked by a belief (in the words of his biographer, G. Edward White) that "the increased presence of government in American life was a necessary and beneficial phenomenon. (Wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/Roger_J._Traynor, fecha de captura: 21-04-2018).

16) Plaintiff, a waitress in a restaurant, was injured when a bottle of Coca Cola broke in her hand. She alleged that defendant company, which had bottled and delivered the alleged defective bottle to her employer, was negligent in selling "bottles containing said beverage which on account of excessive pressure of gas or by reason of some defect in the bottle was dangerous... and likely to explode. " This appeal is from a judgment upon a jury verdict in favor of plaintiff. Defendant's driver delivered several cases of Coca Cola to the restaurant, placing them on the floor, one on top of the other, under and behind the counter, where they remained at least thirty-six hours. Immediately before the accident, plaintiff picked up the top case and set it upon a nearby ice cream cabinet in front of and about three feet from the refrigerator. She then proceeded to take the bottles from the case with her right hand, one at a time, and put them into the refrigerator. Plaintiff testified that after she had placed three bottles in the refrigerator and had moved the fourth bottle about eighteen inches from the case "it exploded in my hand. " The bottle broke into two jagged pieces and inflicted a deep five-inch cut, severing blood vessels, nerves and muscles of the thumb and palm of the hand...Escola v. Coca-Cola Bottling Co., 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436, 1944, <http://online.ceb.com/calcases/C2/24C2d453.htm>, Captura: 1/03/2017.

17) I concur in the judgment, but I believe the manufacturer's negligence should no longer be singled out as the basis of a plaintiff's right to recover in cases like the present one. In my opinion it should now be recognized that a manufacturer incurs an absolute liability when an article that he has placed on the market, knowing that it is to be used without inspection, proves to have a defect that causes injury to human beings. MacPherson v. Buick Motor Co., 217 N.Y. 382 (111 N.E. 1050, Ann.Cas. 1916C 440, L.R.A. 1916F 696), established the principle, recognized by this court, that irrespective of privity of contract, the manufacturer is responsible {Page 24 Cal.2d 462} for an injury caused by such an article to any person who comes in lawful contact with it. (Sheward v. Virtue, 20 Cal.2d 410 (126 P.2d 345); Kalash v. Los

Angeles Ladder Co., 1 Cal.2d 229 34 P.2d 481]... Escola v. Coca-Cola Bottling Co., 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436, 1944, <http://online.ceb.com/calcases/C2/24C2d453.htm>, Captura: 1/03/2017.

18) In these cases the source of the manufacturer's liability was his negligence in the manufacturing process or in the inspection of component parts supplied by others. Even if there is no negligence, however, public policy demands that responsibility be fixed wherever it will most effectively reduce the hazards to life and health inherent in defective products that reach the market... Escola v. Coca-Cola Bottling Co., 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436, 1944, <http://online.ceb.com/calcases/C2/24C2d453.htm>, Captura: 1/03/2017.

19) It is evident that the manufacturer can anticipate some hazards and guard against the recurrence of others, as the public cannot. Those who suffer injury from defective products are unprepared to meet its consequences. The cost of an injury and the loss of time or health may be an overwhelming misfortune to the person injured, and a needless one, for the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public as a cost of doing business. Escola v. Coca-Cola Bottling Co., 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436, 1944, <http://online.ceb.com/calcases/C2/24C2d453.htm>, Captura: 1/03/2017.

20) Garrido Cordobera, Lidia, Riesgos del desarrollo en el derecho de daños, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 35.

21) Calvo Costa, Carlos - Sáenz, Luis, Obligaciones. Derechos de daños, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p 125.

22) Calvo Costa - Sáenz, Obligaciones. Derechos de daños..., p 125.

23) En ese orden de ideas, Juan José Casiello dice: Esto viene a cuento porque últimamente hemos podido ver cómo se pone en tela de juicio la necesidad de la concurrencia de algunos de esos elementos del deber de responder, que hemos calificado como de indispensable presencia para el nacimiento de la sanción resarcitoria. Así muchos hablan de una responsabilidad sin antijuridicidad, a propósito de la obligación que se atribuye al Estado, en ciertos supuestos, de cubrir daños que resultan de su accionar lícito.

(Casiello, Juan, La responsabilidad objetiva y el aligeramiento del requisito de la relación causal, en Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 154).

24) Art. 1718 CCyC. Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: a) en ejercicio regular de un derecho; b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.

25) Art. 1726 CCyC.- Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

Art. 1727 CCyC. Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

Art. 1728 CCyC Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.

26) Art. 1733 CCyC Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b)

si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; 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; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.

27) Art. 1757 CCyC. Hecho de las cosas y actividades riesgosas. 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. 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.

28) López Mesa, M., "El imperio del riesgo creado", en elDial.com, 1/07/2016, Buenos Aires, elDial, <http://www.eldial.com/nuevo/resultados-detalle-doctrina.asp?id=8576&base=50&resaltar=dc2142>, Captura: 8/01/2017.

29) López Mesa, M., "El imperio...", <http://www.eldial.com/nuevo/resultados-detalle-doctrina.asp?id=8576&base=50&resaltar=dc2142>, Captura: 8/01/2017.

30) López Mesa, Marcelo, "El imperio...", <http://www.eldial.com/nuevo/resultados-detalle-doctrina.asp?id=8576&base=50&resaltar=dc2142>, Captura: 8/01/2017.

31) Art. 1721 CCyC Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

32) Sin embargo, se trata de una norma engañosa. Para no adjudicar al legislador que la sancionó la intención de confundir con ella, y presumiendo su buena fe, diremos que el problema radica en que se trata de una norma ilusoria, que no tendrá prácticamente aplicación, a tenor del claro y rotundo texto del art. 1757 CCC, que de hecho produce una ultraobjetivación de la responsabilidad civil, por su propio texto y por las varias normas que a él remiten: arts. 1757 in fine, 1769, 1243, 1286 y 1685 CCC... (López Mesa, Marcelo, "El imperio...", <http://www.eldial.com/nuevo/resultados-detalle-doctrina.asp?id=8576&base=50&resaltar=dc2142>, Captura: 8/01/2017).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 18 DE MAYO DE 2018

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01**, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1717, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1718, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1721, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1726, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1727, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1733, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1757*

Marcas sustentables, etiquetas ecológicas y consumidores: Su interacción en derecho argentino actual

IGLESIAS DARRIBA, CLAUDIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 12 DE ABRIL DE 2018

TEMA

MARCAS-MARCAS SUSTENTABLES-ETIQUETAS ECOLOGICAS-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-MEDIO AMBIENTE-PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE

TEXTO

Resumen.

La relación de la propiedad intelectual con los consumidores es un terreno de estudio altamente complejo dadas las muchas variables que inciden en cada hecho de consumo y en los signos destinados a provocarlo. Este terreno se enriquece aún más cuando incluimos el estudio de las marcas destinadas a proteger el medioambiente y combatir el cambio climático. Así, la aparición generalizada de marcas y etiquetas sustentables (2) o ecológicas determina un verdadero hito en la propiedad intelectual argentina y una interesante problemática regulatoria. En este trabajo veremos cómo dichos instrumentos (3) se vinculan con la mencionada cuestión medioambiental y climática en el marco normativo argentino. Para ello, veremos en especial los roles que desempeñan estos signos para profundizar la diferenciación de productos y, a su vez, atraer activamente a los consumidores. Además, analizaremos cómo dichos roles se encuentran potenciados en el terreno de las etiquetas destinadas a la protección del medioambiente. De igual forma, explicaremos brevemente algunos casos relevantes de marcas y etiquetas cuya finalidad consiste en proteger el bien común (lo que incluye -muy especialmente- el medioambiente y el clima). Asimismo, utilizaremos informes recientes sobre el comportamiento de los consumidores frente este tipo de signos. Finalmente, arribaremos a una serie de breves conclusiones y recomendaciones sobre la problemática estudiada.

1. Introducción: Las marcas sustentables y los consumidores argentinos.

Para comenzar, debemos comprender que las marcas juegan dos roles fundamentales en lo que hace al posicionamiento de los productos y/o servicios en el mercado. Su primer rol ha sido estudiado desde tiempos remotos: la diferenciación de un producto de otro. Su segundo rol (también conocido desde antiguo) ha sido sistematizado con posterioridad: la provocación directa del acto de consumo (de & 2007 n.d.; Villarejo-Ramos et al. n.d.; Serrano et al. n.d.). Lo dicho es una enorme reducción de las muchas funciones que las marcas desempeñan para los consumidores, aunque deviene útil a los fines de este breve trabajo y de esta introducción.

Ocurre que los mencionados roles son sustanciales desde el punto de vista jurídico pues determinan el reconocimiento de los derechos del titular del signo. En el caso de las marcas sostenibles ambos roles deben ser tenidos particularmente en cuenta dadas las expectativas del consumidor de proteger el ambiente a través de ellas, limitando al máximo su propia huella de carbono. Lo dicho es así debido a que los consumidores están expuestos a las marcas (y -en general- a todo tipo de signos) de manera constante, ya sea que se percaten de ello o no; y que utilizan a la vez varios sistemas marcas (y de signos en general). Es por ello que, en un mismo mercado, aparecen (compitiendo entre sí) las marcas tradicionales y las sostenibles, a través de los signos que las representan.

A esta altura, podemos definir a las marcas sostenibles como aquellos signos distintivos de productos y/o servicios que cumplen, además de su función primaria (diferenciadora), una función de protección del medio ambiente y/o de lucha contra el cambio climático. Esta es la definición que utilizaremos en nuestro trabajo. No obstante, debemos reconocer que existe un gran número de

definiciones que suelen variar según las circunstancias de tiempo y lugar (4).

Respecto de los consumidores argentinos, nuestra Constitución Nacional los considera sujetos de derecho altamente jerarquizados (5). Y nuestro Código Civil y Comercial (CCCN) legisla expresamente sobre la cuestión de la sustentabilidad al disponer 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. Aparece así en nuestra máxima normativa civil y comercial el concepto de consumo sustentable, íntegramente relacionado con el uso de marcas sustentables y etiquetas ecológicas.

A su vez, la Argentina, mediante el Decreto 1289/2010, incorporó la Decisión del Consejo del Mercosur N° 26, del 28/06/2007, (6) en la cual se define el consumo sostenible como "el uso de bienes y servicios que responden a necesidades del ser humano y proporcionan una mejor calidad de vida y al mismo tiempo minimizan el uso de recursos naturales de materiales peligrosos y la generación de desperdicios y contaminantes sin poner en riesgo las necesidades de las generaciones futuras" (Cafferatta 2015).

En nuestro derecho, los consumidores son las personas físicas o jurídicas que adquieren o utilizan, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatarios finales, en beneficio propio o de sus grupos familiares o sociales. Además, queda equiparado al consumidor todo aquel que, 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 (7).

Por su parte, el art. 1095 del CCCN 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. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Nuestra doctrina, a su vez, define a los consumidores como sujetos omnipresentes de las relaciones jurídicas y referentes preferenciales de los procesos económicos (Condomí 2015).

Respecto de las marcas sustentables, recordemos que son protegidas por el Artículo 17 de la Constitución Nacional, dado que estas nuevas marcas son una derivación histórica de las marcas clásicas comerciales. Nuestro derecho protege a sus propietarios en virtud de las características diferenciadoras de los referidos signos. Y en este punto aparece nuevamente el consumidor argentino, que es quien atribuye (inconscientemente) un determinado valor a los signos marcarios, complementando así la protección de los derechos del propietario de la marca.

Lo dicho previamente respecto de la importancia de los consumidores se debe al hecho de que los signos funcionan en sistemas, y no de manera aislada. Son los llamados sistemas de signos, de los cuales el más conocido por todos es el lenguaje (Peorez de Medina & Balmayor, Emilce, en Marafioti 1998). Esta circunstancia tiene una especial relevancia en el ámbito de la propiedad intelectual dado que la protección de un signo distintivo procede sólo en la medida en que dicho signo sea reconocido como tal por el público consumidor. Y aquí entra a jugar un rol fundamental el mecanismo de protección de los signos destinados a funcionar fuera de sus sistemas originarios. Para mantener su capacidad distintiva estos signos deben adaptarse a cada mercado en el cual se aplican. Así, por ejemplo, puede ocurrir que las marcas sustentables usen el color verde, pero adecuan el resto de su simbología (por ejemplo, el idioma) a la sociedad en la cual actúan.

Cabe resaltar que el alejamiento de un signo de su territorio original genera la pérdida progresiva de su significado y -a veces- la adquisición de un sentido completamente diferente, e incluso, opuesto del original (8). Desde el punto de vista de su protección, puede decirse que, a medida que se aleja del sistema de signos en el cual nació, se produce una disminución de su protección jurídica. Paradójicamente -como se dijo- existen signos destinados

a alejarse ya que se refieren a productos que serán comercializados (justamente) en función de la distancia. Tal es el caso de las indicaciones geográficas y las denominaciones de origen, en las cuales, la interpretación de los signos es particularmente sensible al lugar de su uso.

Todo lo dicho en este capítulo debe interpretarse en beneficio armónico de los consumidores y de los titulares de las marcas y etiquetas sustentables. Ello reditúa, en definitiva, en el desarrollo económico sostenible de toda la sociedad.

2. El uso de marcas con el fin de enfrentar la problemática ambiental y el cambio climático.

Para comenzar, debemos destacar que en el derecho argentino el medioambiente encuentra su protección en el Artículo 41 de la Constitución Nacional, el cual establece el derecho a un ambiente sano (9). Por su parte, el Artículo 43 de la Constitución Nacional establece expresamente una acción de amparo medioambiental, que puede ser ejercida por los particulares damnificados, el Defensor del Pueblo y las asociaciones constituidas para la defensa de aquellos derechos (10). De allí derivan diez normas de presupuestos mínimos de protección ambiental: 1) Ley N° 25.612, Gestión Integral de residuos industriales y de actividades de servicios (29/07/09); 2) Ley N° 25.670 presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PCBS (19/11/02) -reglamentada por decreto 853/07-; 3) Ley N° 25.675 General del Ambiente (28/11/02); 4) Ley N° 25.688 Régimen de gestión ambiental de aguas (03/01/03); 5) Ley N° 25.831 régimen de libre acceso a la información pública ambiental (7/01/04); 6) Ley N° 25.916 de Gestión Integral de Residuos domiciliarios (07/09/04); 7) Ley N° 26.562 de presupuestos mínimos de protección ambiental para el control de actividades de quema (16/12/09); 8) Ley N° 26.331 de presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos (26/12/07) -reglamentada por decreto 91/09-; 9) Ley N° 26.639 régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente peri glaciar (28/10/2010) -decreto reglamentario 207/2011-; 10) Ley N° 26.815 de presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales (16/01/2013) (11).

Por su parte, respecto del cambio climático, rigen principalmente cuatro normas: 1) La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC); (12) 2) el Protocolo de Kyoto de la CMNUCC; (13) 3) el Acuerdo de París; (14) y 4) la Ley General del Ambiente (Ley N° 25.675).

Por su parte, nuestro derecho de fondo contiene importantes normas en materia ambiental (aplicables al cambio climático).

Concretamente, el CCCN establece el deber de preservarlo (comprendido de los principios generales de prevención y precautorio), y establece que el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer. Así, El art. 240 del CCCN limita el ejercicio de los derechos individuales y aclara que las normas administrativas nacionales y locales dictadas en el interés público no deben afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial (Cafferatta 2015). Esto tiene como fundamento la jerarquía constitucional del derecho ambiental argentino (15). El artículo 241 del CCC, a su vez, establece que cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, deben respetarse la normativa de presupuestos mínimos que resulte aplicable (16).

Por su parte, como dijimos, las marcas son signos distintivos destinados a diferenciar productos y/o servicios (a favor de los consumidores) y a aumentar su valor (en favor de los productores) (Torres 2004; Boubeta et al. 2000). Y, como también dijimos, estos signos adquieren sus actuales características en tiempos de la revolución industrial. Y fue en ese preciso momento histórico que las marcas se convirtieron en herramientas esenciales para el éxito de la masiva comercialización de productos provenientes de los Estados Unidos y del Imperio Británico (17). Y es entonces -en el inicio mismo de la revolución industrial- que las marcas se unieron definitivamente a la cuestión ambiental

y, en particular, al cambio climático. Esto es así debido a que la industrialización masiva se produce a partir de aquel entonces, mediante la extracción (también masiva) de carbón, gas y petróleo. Dicho mecanismo de extracción es, justamente, la causa del calentamiento global y del cambio climático (18).

Posteriormente, en el siglo XX, las marcas comienzan a vincularse con el concepto de bien común con el fin de atraer a los consumidores. Inmediatamente después, aparecen los signos de color verde, que indican que un producto (o envase) es ecológicamente aceptable o no perjudicial para el ambiente. Así surgen las marcas sustentables como marcas de contenido netamente social. Dicho contenido social se presenta como una información acerca de determinadas características (siempre valiosas) del producto o servicio. En nuestro ejemplo, los signos clásicos adoptaron rápidamente el color verde, que se convirtió en símbolo de ambientalismo, salud y bienestar.

Diversos autores sostienen que las llamadas marcas verdes presentan una estrategia de posicionamiento basada en la comunicación de sus beneficios emocionales (Aaker & Joachimsthaler 2012) y en la transmisión del concepto de sostenibilidad (Hartmann et al. n.d.).

Podemos decir que las marcas sustentables influyen en el consumidor por diversas causas, tales como: 1) la sensación agradable de aportar a la sociedad; 2) los beneficios de autoexpresión a través del consumo socialmente visible de marcas ecológicas; y 3) las experiencias emocionales relacionadas con la naturaleza (Hartmann et al. n.d.).

Por otra parte, también influye en los consumidores su necesidad de identificarse socialmente (Hartmann et al. n.d.; Merton 1995). En tal sentido, estos signos se presentan como un código de comunicación (de los consumidores) con las personas de su entorno social más cercano: aquellos con quienes actualmente se relaciona o con quienes aspira a relacionarse. Las marcas verdes pueden ayudar a los consumidores a identificarse y ser aceptados por ciertos grupos sociales (Lanza & Casielles 2002). Las marcas sustentables en general crean una identificación de los productores con los valores ambientales de los consumidores (19).

Un reciente estudio realizado por Unilever revela que un tercio de los consumidores (33%) está optando por comprar marcas con perfil social o ambiental (20). El 21% de los encuestados afirmaron que elegirían activamente una marca si ésta hiciera visible sus credenciales de sostenibilidad de una manera más clara en sus envases y en su comercialización. Las marcas de Unilever que integraron la sostenibilidad lograron casi la mitad del crecimiento global de la empresa en 2015. Colectivamente consideradas crecen un 30% más rápido que el resto el negocio (21). Un buen ejemplo de este tipo de marcas es "STARBUCKS", que es un signo distintivo comercial que ha adquirido (literalmente) el color verde y ha fomentado el uso de la sustentabilidad en toda su cadena de comercialización.

En el derecho argentino, la proliferación de estos signos generó rápidamente la necesidad de una regulación. Así, no pueden constituir marcas los términos "biológico, ecológico u orgánico", "eco" o "bio" cuando se aplican a productos de origen agropecuario, tales como alimentos, fibras, o papel (22). Dicha regulación actúa de dos maneras: por un lado, asegura que los signos se refieran efectivamente a los productos y servicios que contienen la impronta verde (en nuestro ejemplo, que sean "ecológicos, biológicos u orgánicos"); y, por otro, limita la cantidad de estos signos en el mercado (recordemos la sobreabundancia del color verde en determinados segmentos). Esto último tiene por finalidad mantener su función diferenciadora (en beneficio de los consumidores) y su valor (en beneficio de los productores). Respecto de esto último no debemos confundirnos: las marcas verdes se encuentran en el mercado, de manera que cuando su oferta aumenta su valor disminuye. De más está decir que también disminuye su capacidad distintiva.

Así se ha comprobado que la proliferación de etiquetas que no siempre son claras (en los envases de alimentos) llevan a confusión en los consumidores, que, muchas veces no están seguros de qué es exactamente lo que están respaldando a través de los productos que contienen esas etiquetas (Jansson

et al. 2010).

Además, estas marcas y etiquetas -debidamente reguladas y aplicadas- presentan un beneficio adicional para los consumidores dado que les permiten acceder a ciertos productos (ecológicos, biológicos, u orgánicos) de una manera rápida y precisa. Esto es así porque la transmisión del mensaje contenido este tipo de marcas es sumamente clara y los consumidores las reconocen y adoptan con facilidad.

En nuestro derecho estas marcas son reguladas por las normas generales de la Ley N° 22.362. Se les aplican, asimismo, las normas de defensa de los consumidores (artículo 42 de la Constitución Nacional, el CCyC, y la Ley N° 24.240), que establecen limitaciones explícitas e implícitas a los derechos marcarios. También debemos tener en cuenta que los consumidores de los países altamente desarrollados han generado una especie de conciencia ambiental (y climática) respecto de los bienes y servicios que adquieren.

Para concluir brevemente este punto podemos decir que las marcas sustentables surgen como un mecanismo para atraer un mayor número de consumidores y que no necesariamente han tenido (en su origen) una finalidad ambiental o climática. De hecho, no puede afirmarse que existiese en aquel entonces un interés concreto en el medioambiente de parte de los productores. Sin embargo, no cabe duda de que el éxito de estas marcas no sería tal sin consumidores verdaderamente interesados en la problemática ambiental y el cambio climático. En definitiva, el interés de los consumidores es real y tangible, e impulsa la conducta de los productores en ese sentido.

3. Acerca de las certificaciones colocadas por terceros: Las etiquetas ecológicas y los consumidores.

Para comenzar, debemos recordar que las etiquetas ecológicas son un caso especial de marcas de certificación (23). Desde el punto de vista jurídico son marcas y, en el derecho argentino, se rigen por las normas generales de la Ley N° 22.362 (24). Las etiquetas son marcas colocadas por terceros ajenos al producto: certifican valores ambientales y climáticos de un sujeto (el certificador) que -a través de ellas- garantiza ciertas cualidades de los productos de otro (el certificado) (25). Ésta es la concepción que utilizamos en este trabajo (26). Las etiquetas tienen una finalidad económica y comercial, que consiste en fortalecer la opción de los consumidores por productos y servicios ajenos al certificador (27).

Como adelantamos al comienzo de este apartado, en el derecho argentino las etiquetas ecológicas se encuentran protegidas por el Artículo 17 de la C.N. y las leyes N° 22.362 y 26.355, y deben actuar en el marco de la Ley N° 24.240 y el CCCN, respecto del respeto de los consumidores (28).

Resulta interesante recordar que la normativa del Mercosur en materia de marcas establece la obligación de legislar sobre marcas colectivas y deja a criterio de cada Estado la protección de las marcas de certificación (29). Sin embargo, todas las legislaciones de los Estados Partes -a excepción de Argentina- previeron ambas categorías de marcas (30). La Argentina solamente legisló sobre marcas colectivas, pero no sobre marcas de certificación. No obstante, nuestra normativa sobre marcas colectivas es profusa y crea una etiqueta distintiva de los productos que obtengan dicha marca. La reglamentación de uso de la mencionada etiqueta no menciona expresamente la cuestión de la sostenibilidad, pero sí hace referencia a múltiples aspectos del origen cultural y/o tradicional que deben ser tenidos en cuenta al otorgar dicha etiqueta. Así, prevé aplicar las marcas colectivas a las indicaciones de procedencia cultural, étnica, histórica, o antropológica, entre otras (31). En definitiva, el otorgamiento de la etiqueta MARCA COLECTIVA certifica que el origen de los productos se da siempre en ámbitos sustentables de elaboración o producción (32).

Respecto de las etiquetas en materia de cambio climático, nuestros más destacados autores sostienen que estas figuras muestran un alto grado de eficiencia y costo-efectividad, ya que, al ser instrumentos voluntarios, los agentes que adhieren a ellos lo hacen luego de evaluar los costos y beneficios

de la medida. Asimismo, resultan ser equitativos dado que los beneficiarios son los consumidores, los cuales reciben -a través de ellas- una mejor información acerca de los productos o servicios y deciden si compran (Aguilar 2015). Por su lado, respecto de las etiquetas obligatorias de los productos, nuestra doctrina entiende que pueden ser muy útiles para estrategias de más largo plazo en las cuales se procure lograr cambios culturales e innovación tecnológica (Aguilar 2015).

A su vez, cabe recordar que la capacidad diferenciadora de las etiquetas ecológicas (desde el punto de vista jurídico y económico) se basa siempre en el prestigio de la empresa certificadora, el cual se sustenta en un parámetro esencial: su independencia respecto de la empresa certificada. Justamente, a diferencia de las marcas comerciales clásicas, las marcas de certificación operan mediante una transferencia del prestigio (real o percibido) del signo (o etiqueta) de la entidad certificadora. El productor (o comercializador) de los bienes, por su parte, usa su marca comercial junto con la etiqueta ecológica. La primera diferencia sus productos y/o servicios; la segunda informa acerca de su compromiso con la problemática del medioambiente y el cambio climático.

A esta altura corresponde enfatizar que -en materia de etiquetas ecológicas- se requiere extremar los esfuerzos regulatorios dada la enorme cantidad de elementos objetivos y subjetivos que intervienen en su percepción y la consecuente multiplicidad de opciones que presentan para los consumidores. Ello resulta de gran utilidad para mantener y mejorar el valor de los productos, de las marcas comerciales y de las propias etiquetas, en un círculo virtuoso en el cual todos estos elementos adquieren prestigio y confianza.

En la Unión Europea, en el área alimenticia, los peces capturados utilizando técnicas respetuosas del medio ambiente son más atractivos para los consumidores ambientales, quienes se guían por las etiquetas ecológicas para el pescado son un segmento que cuenta con buena información sobre el estado de los recursos marinos y, habitualmente, no confían en la regulación de las pesquerías (Brécard et al. 2009) (33). Diversos estudios sostienen que la tendencia a una mayor sensibilización de los consumidores también se advierte en muchos países en desarrollo, tal es el caso de Malasia, Colombia (Nik Ramli, 2009). Y se ha verificado que los consumidores actúan cuando perciben ciertos símbolos en la publicidad de una marca verde, básicamente el compromiso con el ambiente del producto o servicio (Velandia 2012), y que el consumidor interesado en el ambiente requiere un mayor tiempo y espacio para desarrollar su comportamiento ambiental, lo que puede resultar difícil de implementar en el mundo actual (Young et al. 2010).

Desde el punto de vista comercial, las etiquetas ecológicas (por su claridad en la transmisión del mensaje ambiental) disminuyen el nivel de incertidumbre de los consumidores cuando el producto o servicio les resulta desconocido o cuando no puede evaluarlo hasta después de su consumo. Esto ocurre porque los consumidores desarrollan una serie de asociaciones automáticas generadas por los símbolos referidos al ambiente y al cambio climático. Tal es el caso del color verde en los signos o en las campañas publicitarias.

Así, estas marcas influyen directamente en la actitud del consumidor hacia los productos que adquiere, a los cuales asigna un mayor valor. Dicho incremento en el valor proviene, a su vez, de la asociación directa que hace el público entre el producto adquirido y la calidad ambiental de éste.

Se encuentra demostrado que la alimentación es un área donde los consumidores están crecientemente preocupados por su huella de carbono (Jansson et al. 2010) (34). Así, en este terreno, los sujetos toman sus decisiones basados en qué productos tienen el menor impacto negativo en el medio ambiente y el clima. La sociedad se ha vuelto cada vez más consciente de que las elecciones sobre alimentos contribuyen a la crisis climática, causan pérdida de especies, deterioran la calidad del agua y del aire y aceleran la degradación del uso de la tierra. A tal punto que los consumidores están dispuestos a pagar un precio diferencial por los productos y servicios que son menos perjudiciales para el medio ambiente y el clima. Así, en los Estados Unidos la etiqueta que certifica los alimentos orgánicos (35) se ha convertido en un signo ambiental dominante que ha ganado gran prestigio con los consumidores (Jansson

et al. 2010), aun cuando los consumidores no siempre están completamente seguros de lo que realmente significa el término "orgánico" (Jansson et al. 2010) (36).

A los consumidores les importan diversas etapas del ciclo de vida de los productos que adquieren. Estas preocupaciones varían de un consumidor a otro, y van desde la huella de carbono previa al consumo hasta el destino posterior de los envases. Así, sabemos que los consumidores valoran más el reciclaje, referido al destino del envase, que los materiales o procesos utilizados para la fabricación, que conforman el origen del producto (Groening, C., Inman, J.J. and Ross Jr. 2016) (37). Una investigación reciente del Consejo de Defensa de los Recursos Naturales de Estados Unidos descubrió que más del 90 por ciento de los estadounidenses están desperdiciando comida debido a la confusión sobre las etiquetas de los alimentos (Pierluisi et al. 2013; Huguet n.d.). Respecto de este tema, un informe de la FAO estableció que si el desperdicio de alimentos fuera un país, sería el tercer mayor emisor de gases de efecto invernadero (38) en todo el mundo (FAO 2013).

Respecto de este tema, ha quedado demostrado que los consumidores consideran que las etiquetas son más creíbles que las marcas comerciales ya que están avaladas por expertos en certificación de terceros (39). Esta preferencia se mantiene aun cuando los productos etiquetados de esta manera tendrán un costo adicional derivado -precisamente- de ese etiquetado (Brécard et al. 2009; Wisner et al. 2001; Rex & Baumann 2007; Chen & Chai 2010; Jansson et al. 2010; Lin et al. 2013; Tanner & Kast 2003; D'Souza et al. 2006). También encontramos esta postura en la doctrina argentina (Aguilar 2015).

Por su parte, también se ha demostrado que los consumidores compran productos diferenciados por etiquetas ecológicas, incluso si son de menor calidad en comparación con productos alternativos, siempre que la información ambiental de las etiquetas sea aceptable para ellos. Estos consumidores tampoco se ven afectados por los mayores precios de los productos verdes. (D'Souza, 2006). Tal es el caso de las normas ISO 14001, o de etiquetas ambientales destinadas a sectores específicos de la biodiversidad, como RAINFOREST ALLIANCE, C.A.F.E. PRACTICES o DOLPHIN SAFE. Todas ellas contienen prescripciones destinadas al medioambiente y al cambio climático.

La etiqueta RAINFOREST ALLIANCE CERTIFIED(tm) garantiza que un producto provenga de una explotación agrícola o forestal que cumpla con normas integrales que protegen el medio ambiente y promuevan los derechos y el bienestar de los trabajadores, sus familias y comunidades. En este marco ha desarrollado, entre otros, los proyectos NZDZ (Zonas con Deforestación Neta Zero) y Café de Carbono, (40) ambos destinados a mitigar y fomentar la resiliencia al cambio climático en América Latina. Los productos que llevan esta etiqueta incluyen café, té, chocolate, fruta, bebidas, flores, productos de papel, y muebles (41). Esta etiqueta se encuentra presente en la Argentina.

Starbucks & Co., a su vez, ha creado la etiqueta ambiental "COFFEE AND FARMER EQUITY (C.A.F.E.) PRACTICES", que también se encuentra presente en la Argentina. Esta etiqueta acredita que el café sea cultivado de manera sostenible, de conformidad con 28 indicadores específicos que incluyen expresamente el medioambiente. La certificación es efectuada por un tercero independiente, las ONG Conservation International y Scientific Certification Systems. Starbucks, por su parte, adquiere el producto de los agricultores certificados por este mecanismo (42). Otro caso de gran relevancia ambiental es de la etiqueta DOLPHIN SAFE / DOLPHIN FRIENDLY, que también se encuentra presente en la Argentina. Es propiedad del Gobierno Federal de los Estados Unidos y surge para proteger a los delfines, y evitar que sean capturados, lesionados o muertos durante la pesca de atunes, teniendo en cuenta que los delfines y los atunes se encuentran habitualmente juntos(43).

Para redondear este punto, podemos observar que la eficacia de estos signos ha quedado suficientemente probada.

4. Conclusiones.

Lo analizado en este artículo respecto de la importancia de las marcas sustentables y las etiquetas ecológicas, y su relación con los consumidores argentinos, nos permite arribar a las siguientes conclusiones.

1. Las marcas comerciales presentan una fuerte tendencia hacia una función diferenciadora de carácter ambiental. La información que transmiten dichas marcas permite una percepción directa del referido carácter ambiental, lo cual se traduce en un aumento en el número de consumidores.

2. La adhesión de esos nuevos consumidores genera, a su vez, una mayor fidelidad de su parte, enraizada en aspectos relacionados con el bien común. Los consumidores usan las marcas y etiquetas ecológicas como signos diferenciadores, que, además (y principalmente), generan el acto de consumo.

3. Un ejemplo de marcas sustentables son las llamadas marcas verdes, que son aquellas que ha adoptado literalmente dicho color (u otros vinculados con la naturaleza) en sus productos, sus envases y sus campañas publicitarias (44). Esas campañas apuntan a diferenciar un segmento específico de productos relacionados (principalmente) con lo ecológico, biológico u orgánico. En la Argentina existen limitaciones para el registro de marcas para evitar que induzcan a error sobre este tipo de productos (45).

4. Las etiquetas ecológicas, en particular, han demostrado una enorme aptitud para certificar los valores ambientales del productor por parte de terceros ajenos al producto. Para ello, desde el punto de vista jurídico, debe existir una clara diferencia entre ambos sujetos (certificador y certificado) dado que los consumidores confían en estos productos -solamente- porque las certificaciones (o etiquetas) han sido colocadas por otro.

5. En el derecho argentino, el registro de las etiquetas ecológicas, en cuanto marcas de certificación, no tiene una regulación expresa de modo que les son aplicables las normas generales sobre marcas (Ley N° 22.362) y sobre marcas colectivas en su caso (Ley N° 26.355), la normativa referidas a los productos orgánicos, ecológicos y biológicos (Ley N° 25.127). Su fundamento se encuentra en el Artículo 17 de la Constitución Nacional. Los consumidores argentinos, en particular, se encuentran protegidos por un sistema normativo que admite las marcas sustentables y las etiquetas ecológicas, y limita sus alcances a través del estatuto normativo de los consumidores (Ley N° 24.240 y CCyC).

6. Las marcas sustentables y las etiquetas ecológicas son figuras jurídicas y comerciales cuyas características facilitan la transmisión de determinados valores ambientales vigentes en la sociedad. Estos mensajes van de los productores a los consumidores y vuelven a ser recogidos por los primeros en un círculo virtuoso.

7. Por último, dada la importancia del tema, creemos que es recomendable una normativa que regule las marcas de certificación, y reconozca específicamente las etiquetas ecológicas como un mecanismo altamente efectivo para proteger el ambiente y combatir el cambio climático.

Normativa Nacional.

Constitución Nacional, Artículos 41 y 43.

Ley N° 27.270. Aprobación del Acuerdo de París del 12 de diciembre de 2015.

Ley N° 26.355. Marca Colectiva.

Ley N° 26.331. Régimen de Bosques Nativos.

Ley N° 25.831. Régimen de libre acceso a la información pública ambiental.

Ley N° 25.675. Presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente.

Ley N° 25.438. Aprobación del Protocolo de Kyoto.

Ley N° 25.127. Producción ecológica, biológica u orgánica.

Ley N° 24.240. Defensa del consumidor.

Ley N° 22.362. Marcas y Designaciones

Decreto N° 97/01. Reglamentación de la Ley N° 25.127.

Decreto N° 1384/2008. Reglamentación de la Ley N° 26.355.

Normativa internacional.

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) (46).

Protocolo de Kyoto de la CMNUCC (47).

Acuerdo de París (48).

MERCOSUR/CMC/DEC. N° 08/95. Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR, en Materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen.

Decisión del Consejo del Mercosur N° 26, del 28/06/2007, sobre Política de Promoción y Cooperación en producción y consumo sustentable.

Notas al pie:

1) Abogado (-Diploma de Honor- Universidad de Buenos Aires) y Posgrado en Propiedad Industrial (Universidad de Buenos Aires). Doctor en Sociología (Universidad John F. Kennedy). Posgrado en Derecho y Economía del Cambio Climático (FLACSO Argentina). Anteriormente, a cargo del Programa de Propiedad Intelectual en Argentina de la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo (IDLO). Agente de la propiedad industrial a cargo del registro de las marcas colectivas de la Argentina. Es autor de múltiples artículos sobre propiedad intelectual para el desarrollo. Ha sido becario de los Gobiernos de Francia, y Malasia.

2) En este trabajo los términos sostenible y sustentable son utilizados indistintamente.

3) También suele encontrarse la expresión marcas sustentables o marcas verdes. Ya entraremos más profundamente en este tema en el desarrollo del trabajo.

4) Más adelante veremos cómo las etiquetas tienen una función primaria ambiental.

5) Constitución Nacional, Artículo 42.

6) Decisión del Consejo del Mercosur N° 26, del 28/06/2007, en virtud de la cual se introduce en nuestra legislación, una norma en materia de "Política de Promoción y Cooperación en producción y consumo sostenible"

7) Ley N° 24.240. Art. 1.

8) Ya sea que los productos se comercialicen en el territorio de producción o fuera de él, su destino inicial es siempre un mercado diferente.

9) Dice el Artículo 41 de la Constitución Nacional que "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado y 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."

10) Constitución Nacional Argentina. Artículo 43.

11) Se considera norma de presupuestos mínimos de protección ambiental "...a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio de la Nación, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental". Art. 6° de la Ley 25.675 General del Ambiente. (Cafferatta 2015).

12) Aprobada por la Ley N° 24.295.

13) Aprobado por Ley N° 25.438.

14) Aprobado por la Ley N° 27.270.

15) La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el leading case "Mendoza, Silvia Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)", en el pronunciamiento de apertura en competencia originaria del 20/06/2006, Fallos: 326:2316, dijo: que el derecho ambiental "tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente", que "tutela un bien colectivo, el que por naturaleza es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes".

16) CCC, Art. 241.

17) En el derecho argentino, las marcas encuentran su protección en el Artículo 16 de la Constitución Nacional. De dicha norma deriva la Ley N° 22.362 de Marcas y Designaciones.

18) Informe aceptado por el Grupo de Trabajo I del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático, pero no aprobado en detalles. Disponible en: www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/wg1/ar4-wg1-ts-sp.pdf.

19) El estudio del comportamiento de los consumidores es un tema extenso, que excede largamente los límites de este trabajo.

20) El estudio se basa en una encuesta realizada por la empresa Unilever a 20.000 adultos de cinco países acerca de sus opciones de compra.

21) Asimismo, el mayor crecimiento de esta tendencia se verifica en las economías emergentes dado que los consumidores de esos países están expuestos directamente al impacto negativo de las prácticas comerciales insostenibles, como la escasez de agua y energía, la pobreza alimentaria y la mala calidad del aire. Y también por las normas sociales (sobre esta cuestión) que actúan con mayor presión en los países emergentes. Fuente: Unilever, en <https://www.unilever.com/news/press-releases/2017/report-shows-a-third-of-consumers-prefer-sustainable-brands.html>

- 22) Decreto N° 97/01. Artículo 11. Reglamentación de la Ley N° 25.127. Regulación de la producción ecológica, biológica u orgánica.
- 23) Las marcas de certificación son aquellos signos que indican que los productos o servicios que los ostentan cumplen con ciertos requisitos, principalmente referidos a su calidad. A diferencia de las marcas comerciales, que transmiten directamente su prestigio al producto, las marcas de certificación lo transmiten a la entidad certificada, que suele ser la propietaria de los productos y servicios finales.
- 24) La Ley N° 22.362, Art. 1° define a las marcas como todo signo con capacidad distintiva, incluyendo expresamente las etiquetas.
- 25) La independencia jurídica entre ambos sujetos (el certificador y el certificado) es el elemento esencial para este tipo de marcas. 26) Existen muy diversas concepciones y definiciones de las certificaciones a las cuales no nos referimos en este artículo por razones de brevedad.
- 27) Por razones de brevedad, ésta es la concepción que utilizaremos en este trabajo. Es un criterio estricto destinado a diferenciar claramente su función certificadora. No incluimos las etiquetas colocadas por el propio productor ni los sellos colocados por el Estado. Tampoco incluimos las garantías de elaboración conferidas por las indicaciones geográficas y/o las denominaciones de origen.
- 28) El art. 3.d) de la Ley N° 22.362 establece la prohibición de registrar marcas engañosas, que son aquellas que pueden inducir a error al consumidor medio al momento de la elección del producto o servicio.
- 29) Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR, en Materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen. MERCOSUR/CMC/DEC. N° 08/95.
- 30) La Argentina sólo legisló sobre Marcas Colectivas. Ley N° 26.355.
- 31) Decreto N° 1384/2008. Reglamentación de la Ley N° 26.355. Artículo 1°.- Las disposiciones sobre Marca Colectiva, en el marco de la Economía Social, se aplicarán a las indicaciones de procedencia cultural, étnica, histórica, antropológica y toda otra que sirva para la mejor diferenciación de los productos y servicios.
- 32) El reglamento de uso modelo de las marcas colectivas argentinas prevé la protección del medio ambiente.
- 33) Pueden llevar una etiqueta que acredita diversos parámetros para los consumidores, entre los que se encuentran la forma de la captura, la frescura del pescado, el origen geográfico de los peces, y su hábitat natural. La investigación se funda en una encuesta original sobre productos del mar sobre más de 5000 consumidores, que prueba la influencia de la motivación intrínseca, la información, la localización y los factores socioeconómicos en la demanda de la mencionada etiqueta ecológica para el pescado.
- 34) La huella de carbono es la cuantificación de las emisiones de gases de efecto invernadero que son liberados a la atmósfera como consecuencia de una actividad determinada, bien sea la actividad necesaria para la fabricación de un producto, para la prestación de un servicio, o para el funcionamiento de una organización.
- 35) Etiqueta "Bajo la Ley de Producción de Alimentos Orgánicos de 1990 (OFPA) y el Programa Nacional Orgánico (NOP) (...)"
- 36) Para los consumidores que desean productos 100% orgánicos, deben buscar la etiqueta "100% orgánica".
- 37) Este estudio indica que los participantes sintieron más responsables de la huella de carbono relativa a la etapa de uso o consumo.
- 38) Este desperdicio genera grandes cantidades de metano.
- 39) Vale decir las etiquetas, en sentido estricto.
- 40) Este proyecto concluyó en 2009.
- 41) La lista de productos se encuentra disponible en <http://www.rainforest-alliance.org/green-living/Marketplace>].
- 42) Ethical Sourcing Coffee. Starbucks. Disponible en: <https://www.starbucks.com/responsibility/sourcing/coffee>]
- 43) La normativa "Dolphin Safe / Dolphin Friendly" es instrumentada por el Earth Island Institute, que supervisa a las compañías de atún de todo el mundo para garantizar que se cumplan una importante cantidad de estándares destinados a la protección de los delfines.
- 44) Las marcas sostenibles vinculadas con los ecosistemas marinos, como DOLPHIN SAVE, adoptan habitualmente el color azul.
- 45) Lo hemos mencionado al referirnos a la Ley N° 25.127.
- 46) Adoptada en Nueva York (Estados Unidos de América) el 9 de mayo de 1992 y

abierta a la firma en Río de Janeiro (República Federativa del Brasil) el 4 de junio de 1992, aprobada por la Ley N° 24.295.

47) Adoptado en Kyoto -Japón- el 11 de diciembre de 1997, aprobado por Ley N° 25.438.

48) Adoptado París -República Francesa- el 12 de diciembre de 2015, aprobado por la Ley N° 27.270.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 12 DE ABRIL DE 2018

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.240, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.241, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1095, Constitución Nacional Art.17, Constitución Nacional Art.41, Constitución Nacional Art.43, Ley 22.362, Ley 24.240, LEY 25.127, LEY 25612, LEY 25670, LEY 25.675, LEY 25.688, LEY 25.831, LEY 25.916, LEY 26.331, LEY 26.355, LEY 26.562, LEY 26.639, LEY 26.815, Ley 24.295, LEY 25438, LEY 27.270, DECRETO NACIONAL 91/2009, DECRETO NACIONAL 207/2011, DECRETO NACIONAL 1.289/2010*

REF. BIBLIOGRAFICAS

-Aaker, D. & Joachimsthaler, E., 2012. Brand leadership, Available at: [https://books.google.com.ar/books?hl=en&lr=&id=JhaykYWgDUC&oi=fnd&pg=PT9&dq=Aaker,+D.+A.+%26+Joachimsthaler,+E.+\(2000\).+Brand+Leadership.+New+York:+The+Free+Press.&ots=yEntFWabQY&sig=UD0dfcCDry9QhNRkhuoK1f4xe-E](https://books.google.com.ar/books?hl=en&lr=&id=JhaykYWgDUC&oi=fnd&pg=PT9&dq=Aaker,+D.+A.+%26+Joachimsthaler,+E.+(2000).+Brand+Leadership.+New+York:+The+Free+Press.&ots=yEntFWabQY&sig=UD0dfcCDry9QhNRkhuoK1f4xe-E) Accessed March 27, 2018].

-Aguilar, S., 2015. Relevamiento y Caracterización de Instrumentos de financiamiento climático internacional Informe Final. Available at: <http://ambiente.gob.ar/wp-content/uploads/Relevamiento-Internacional-Instrumentos-Financieros.pdf> Accessed April 1, 2018].

-Boubeta, A. et al., 2000. El valor de la marca a partir de su relación con el consumidor. *Psicothema*.

-Brécard, D. et al., 2009. Determinants of demand for green products: An application to eco-label demand for fish in Europe. *Ecological*.

-Cafferatta, N., 2015. El derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación. Thomson, 8 La Ley. Available at: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina388.pdf> Accessed March 31, 2018].

-Chen, T. & Chai, L., 2010. Attitude towards the environment and green products: consumers' perspective. *Management science and engineering*.

-Condomí, A., 2015. El régimen de defensa del consumidor a partir de la vigencia de la ley aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Saij. Available at: <http://www.infojus.gob.ar/alfredo-mario-condomi-regimen-defensa-consumidor-partir-vigencia-ley-aprobatoria-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-dacfl50334-2015-04-28/123456789-0abc-defg4330-51fcanirtcod>.

-D'Souza, C., Taghian, M. & Lamb, P., 2006. Green products and corporate strategy: an empirical investigation. *Society and business*.

-de, J.L.-C. y hombre: revista interdisciplinar & 2007, undefined, *Publicidad emocional: estrategias creativas*. dialnet.unirioja.es. Available at: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2469951.pdf> Accessed March 27, 2018].

-FAO, 2013. Sustainability Pathways: Food loss and waste. -FAO. Available at: <http://www.fao.org/docrep/018/ar429e/ar429e.pdf> Accessed March 27, 2018].

-Groening, C., Inman, J.J. and Ross Jr., W.T., 2016. The role of carbon emissions in consumer purchase decisions. *Int. J. Environmental Policy and Decision Making*, Vol. 1, No. 4, pp. 261-296. Available at: <https://www.sciencedaily.com/releases/2016/02/160226133615.htm> Accessed March 25, 2018].

-Hartmann, P. et al., La influencia del posicionamiento verde en la actitud hacia la marca. *epum2004.ua.es*. Available at: <http://www.epum2004.ua.es/aceptados/206.pdf> Accessed March 27, 2018].

-Huguet, J., How food label confusion is hurting the climate | University of California. Available at: <https://www.universityofcalifornia.edu/longform/how-food-label-confusion-hurting-climate> Accessed March 26, 2018].

- Jansson, J., Marell, A. & Nordlund, A., 2010. Green consumer behavior: determinants of curtailment and eco-innovation adoption. *Journal of consumer.*
- Lanza, A.D.R. & Casielles, R.V., 2002. El valor de marca: perspectivas de análisis y criterios de estimación.
- Lin, R., Tan, K. & Geng, Y., 2013. Market demand, green product innovation, and firm performance: evidence from Vietnam motorcycle industry. *Journal of Cleaner Production.*

Algunos principios del derecho del consumidor que fragmentaron la teoría general del contrato

SHINA, FERNANDO

Publicación: www.saij.gob.ar, 6 DE ABRIL DE 2018

TEMA

CONSUMIDORES-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-RELACION DE CONSUMO

TEXTO

1) Presentación. En la actualidad y a partir de la vigencia del Código Unificado (Agosto 2015), el tipo contractual ha quedado dividido en tres fracciones: a.- los contratos paritarios (957 y siguientes CCyC) ; b.- los contratos de adhesión (arts. 984 a 989 CCyC); c.- los contratos de consumo (arts. 1092 a 1122).

En lo personal, siempre estuve tentado de incluir una cuarta fracción integrada por los contratos conexos (art. 1073 a 1075 CCyC) porque también ellos se apartan de las reglas clásicas de los contratos paritarios, pero ya hay bastante lío doctrinario como para que yo le agregue mis habituales vacilaciones al neblinoso panorama escolar.

En este ensayo voy a considerar con la mayor brevedad posible, sólo uno de los tipos contractuales que fraccionaron el sistema: el contrato de consumo.

2) El dilema. Una vez asumida la condición fragmentaria de los contratos de consumo, se abre otro debate más interesante. Veamos este dilema: (corresponde que la ley general trate estos contratos 'especiales', o era preferible dejar que sigan siendo regulados por la ley especial?.

La disyuntiva de incluir o no a los contratos de consumo en los estatutos generales no es una originalidad argentina; la cuestión es tan actual que se ha convertido en una estrategia legislativa que divide a los doctrinarios de todo el mundo.

Para Díez-Picazo: Dice Alpa que los modelos que podemos encontrar en los países de la Unión son muy diferentes y pueden resumirse en cuatro: 1. Hay algunos países que tienen una ley general y a su lado una nutrida legislación especial, que en parte es de origen interno y en parte es de origen comunitario. No hace falta decir que es el caso del Derecho español. 2. Hay países (dice Alpa) que han preparado o tratado de preparar textos únicos. 3. Hay otros que poseen una legislación fragmentaria unida a una doctrina de naturaleza jurisprudencial, como es el caso de la Gran Bretaña. 4.º Finalmente, hay ordenamientos en los que la disciplina de los contratos de consumo o, por lo menos, la parte más importante de ella se ha insertado clara y decididamente en el CC...El debate es, pues, cuál de estos modelos presenta mayores ventajas y por cuál debemos decantarnos (2).

En definitiva, Díez-Picazo sostiene: a) que la inclusión del sujeto de consumo es imprescindible en los Códigos generales; b) esa inclusión debe mantener el tratamiento jurídico específico que la contratación de consumo tiene; c) el derecho de consumo debe asumir la condición de rama propia del derecho privado.

Estoy de acuerdo con el notable jurista español; sin embargo me permito

agregar que la fragmentación contractual y la inclusión de los contratos de consumo en la legislación general, no obedeció a una elucubración teórica iluminada. El actual protagonismo del contrato de consumo hizo que esa inclusión sea inevitable.

Todos los datos que conocemos indican que la mayoría de los contratos que circulan son de consumo, o de adhesión, o ambas cosas en simultáneo. Era imposible para el Código dejar afuera esta realidad. Dicho en otras palabras: o se incluía a los contratos de consumo dentro del código general, promoviendo la fragmentación del sistema contractual, o se los dejaba afuera permitiendo que la ley más importante del ordenamiento omita al principal contrato del sistema. En sumario: o se fragmentaba la teoría contractual o el propio código quedaba fragmentado de la realidad.

Sin embargo, admitir la necesidad de incluirlos no quiere decir que la forma empleada haya sido la mejor, o que no pueda ser mejorada, o que sea conveniente mantener la ley especial vigente. Es decir: también se puede derogar la ley 24.240 y regular toda esta rama del derecho desde un único cuerpo legal. Después de todo, (para qué nos sirve que una ley particular conviva con una ley general, y que ambas leyes tengan mismo sujeto de tutela y el mismo objetivo final? Esa convivencia sólo sirve para incrementar las colisiones normativas.

3) La inclusión de los contratos de consumo en el Código Civil y Comercial. Los contratos de consumo fueron incorporados en el Código Civil y Comercial en el Libro III, Título III, Capítulo I a IV, arts. 1092 a 1122.

La Comisión Redactora del Código explica los motivos de la inclusión: Por estas razones se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una "protección mínima", lo que tiene efectos importantes: a) En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores. B) Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos "mínimos" actúan como un núcleo duro de tutela. c) También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común. d) En el campo de la interpretación, se establece un "diálogo de fuentes" de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor (3).

4) Críticas y reflexiones.

Sin embargo, la explicación no nos parece convincente; por eso presentamos algunas reflexiones críticas:

a. En primer lugar, los derechos del consumidor no requerían una protección mínima y complementaria porque la Constitución Nacional les asigna el mayor privilegio dentro del ordenamiento jurídico. (conf., art. 42 CN).

b. La Comisión legisladora explica que si se decidiera derogar la ley 24.240 subsistirán los derechos previstos en los artículos 1092 a 1122 del CCyC, actuando estas normas como piso del sistema protectorio del usuario.

Este argumento adolece de severos problemas:

Primero: Si llegara a ocurrir la derogación de la ley 24.240, lo más probable es que simultáneamente se deroguen los artículos del Código Civil y Comercial. Es improbable que un legislador decidido a suprimir ley 24.240, y con suficiente apoyo político para hacerlo, deje vigentes un puñado de artículos de la ley 26.994.

Segundo: En adición a lo dicho en el antecedente: es muy poco posible que la ley 24.240 sea derogada. La tendencia mundial indica lo contrario; los estatutos de defensa del consumidor son cada vez más importantes en los

ordenamientos normativos que conocemos. Si, finalmente, esa derogación se concretara los artículos del Código Civil y Comercial serían absolutamente insuficientes para asegurar la tutela efectiva del consumidor. La derogación de la ley 24.240 crearía una crisis en el ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución Nacional.

Tercero: El original concepto de diálogo de fuentes, que según los legisladores establece una intercomunicación normativa entre el Código y las leyes especial, es una construcción doctrinaria que no tiene ninguna base científica más allá de tener -eventualmente- alguna utilidad puntual que iremos descubriendo. El diálogo de fuentes, pese al optimismo que la novedad suscita, puede llegar a convertirse en una interminable discusión entre leguleyos que defienden intereses opuestos tratando de convencer a jueces vacilantes. Las normas, en principio, no se crean para dialogar sino que deben ser aplicadas para resolver casos concretos. El diálogo de fuentes es una frase puesta de moda, un aforismo sin contenido.

Empero y como fuera dicho: no era posible legislar un código general en el siglo XXI dejando afuera a las relaciones de consumo.

A continuación, vamos a presentar una serie de tópicos que representan excepciones o pequeñas rupturas con la teoría tradicional del contrato. Son estos principios los que, a nuestro modo de ver, impulsaron la fragmentación del sistema contractual que estuvo vigente durante un siglo y medio.

1) El proteccionismo legal. La ley 24.240, como surge del art. 1, es una ley cuya finalidad no es la libertad contractual, ni la obligatoriedad de los contratos, ni la igualdad de los contratantes, sino la protección de los usuarios y los consumidores.

Es una ley protectoria que aspira a lograr equidad en las relaciones de consumo. La ley, en líneas generales, agrava las obligaciones y las responsabilidades de los proveedores de bienes y servicios, y trata de proteger y privilegiar a los consumidores de esos bienes.

2) La universalidad de la ley 24.240. El mismo art. 1 incluye en la categoría de usuarios y consumidores a sujetos que no forman parte del contrato. Esta regla marca una clara ruptura con el consagrado efecto vinculante o relativo del contrato establecido en el art. 959 CCyC. Asimismo, la ley incluye en la definición consumidores a una universalidad de sujetos para que su efecto protectorio alcance a la mayor cantidad de personas posibles.

3) Las reglas de interpretación propias. El artículo 3 LDC sienta una de las reglas más importantes del derecho del consumidor. La norma establece que las situaciones dudosas deben resolverse aplicando el criterio más favorable al consumidor o usuario (6). El mismo principio aparece reforzado en el art. 1094 CCyC (7).

Estos textos se apartan de los principios generales sobre la interpretación de los contratos prevista en los arts. 1061 a 1068 CCyC. En ese orden, se deja de lado lo dispuesto en el art. 1061 CCyC (8) que dispone que los acuerdos deben interpretarse conforme la voluntad de las partes. Cuando se trata de relaciones de consumo, prevalece la conveniencia del usuario consumidor sobre la intención real o presunta de la parte.

4) La solidaridad legal. El art. 2 LDC incorpora una noción absolutamente revolucionaria en la teoría general del contrato. La solidaridad legal, dispuesta en la norma que analizamos, deroga, en el ámbito de las relaciones de consumo, al efecto relativo de los contratos (arts. 1021 a 1024 CCyC). El contrato de consumo vincula al usuario no solamente con el proveedor del servicio o del bien, sino con el fabricante, el importador, el distribuidor, comercializador, y todos los miembros de la cadena comercial solidaria integrada en el art. 2 LDC (9).

El régimen solidario se extiende a la obligación de garantía prevista en el art. 13 LDC (10) y al sistema de responsabilidad objetiva dispuesto en el art. 40 LDC que más adelante examinaremos (11).

5) La publicidad integrada. Otra regla rupturista de los principios tradicionales es la establecida en el art. 8 LDC (12). Esta norma dispone que los contenidos de las publicidades sean de cumplimiento obligatorio, porque los avisos publicitarios forman parte del contrato de consumo. Se trata de un texto legal importante porque convierte el derecho de los proveedores a realizar publicidades en una de sus principales obligaciones contractuales.

El incumplimiento de la publicidad, o la divergencia severa entre el producto entregado al consumidor y el que se muestra en la publicidad, engendra la responsabilidad del proveedor. EL art. 8 LDC es compatible con el más reciente art. 1103 CCyC (13). Estos principios marcan una separación de los contenidos de la teoría clásica, siendo oportuno recordar que el art. 973 CCyC (14) establece que la oferta indeterminada no equivale a la intención de contratar, sino que actúa como una invitación genérica al intercambio de ofertas previas.

6) La garantía legal. El art. 11 LDC dispone una obligación de garantía en beneficio de los usuarios y consumidores. Los plazos de esa garantía varían según que el bien sea nuevo o usado. Para los bienes nuevos el plazo de garantía es de 6 meses; si el bien es usado ese plazo se reduce a 3 meses (15).

Este tratamiento de la obligación de garantía supone un apartamiento de las reglas tradicionales. Si tomamos el emblemático contrato de compraventa (arts. 1121 a 1171 CCyC) podemos comprobar que la garantía no tiene fuente legal sino convencional.

7) Los vicios redhibitorios (VR). En la teoría clásica, los VR no pueden ser alegados por quien al momento de celebrar el contrato conocía o debía conocer la existencia del defecto (Conf. art. 1053 CCyC). Ese régimen es dejado de lado por la ley 24.240 que no prevé ninguna excepción; esto determina que cualquier vicio o defecto que la cosa tenga da lugar al repudio del contrato (conf. art. 18 LDC) (16).

8) Los contratos especiales, el arrepentimiento y la rescisión contractual. La ley de defensa del consumidor se hace cargo de una situación inédita en los días de Vélez Sarsfield: la alta tecnología. El fenómeno de la contratación online viene aumentando a ritmo sostenido en los últimos años y no hay nada que indique que ese desarrollo vaya a ceder en el futuro.

El art. 34 LDC (17) prevé que cuando se dan los supuestos contemplados en los arts. 32 y 33 LDC, el usuario dispondrá de 10 días para reflexionar sobre la compra realizada; y durante ese tiempo podrá arrepentirse y revocar el contrato sin gastos ni penalidades en su perjuicio. Este mismo derecho se repite en los arts. 1110 a 1116 CCyC.

9) La competencia territorial múltiple. En la contratación remota, tan frecuente en nuestros días, es muy usual que el domicilio del proveedor y el del usuario estén separados por cientos o miles de kilómetros. Por ese motivo, en caso de surgir problemas sobre la ejecución o la interpretación del contrato no resultaba claro cuál era el tribunal competente para resolver ese asunto.

Los proveedores solían disponer una cláusula contractual que fijaba la jurisdicción en lugares siempre alejados del domicilio del usuario. Así, cuando los clientes querían hacer un reclamo debían tramitar su queja en un lugar distante a su domicilio, asumiéndolos gastos que ello implica.

En los hechos, estas jurisdicciones alejadas del domicilio del usuario traían dos consecuencias inevitables. En primer lugar, eran un obstáculo - a veces insalvable - para que el consumidor accediera a la justicia. En segundo lugar, el proveedor recibía menos reclamos que los que hubiera soportado si la jurisdicción fuera más cercana al domicilio del cliente.

El art. 36 LDC trae una solución contundente a este problema, al disponer un sistema múltiple y optativo de competencias posibles. Por aplicación de esta norma, el usuario puede usar la que le resulte más conveniente; por el

contrario, si quien debe hacer el reclamo es el proveedor, la única opción que tiene es entablarlo en el lugar del domicilio real del demandado.

Se transcribe la sección de la norma que establece un quiebre con los sistemas tradicionales en materia de competencia: Art. 36 LDC. ...Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

10) La responsabilidad solidaria. El art. 40 LDC (18). En el derecho del consumidor, la responsabilidad por los daños es solidaria y afecta a los sujetos mencionados en el art. 2 LDC. Asimismo, el art. 40 LDC determina que el factor de atribución de responsabilidad es objetivo. Esto determina que el proveedor debe asumir los daños ocasionados por el riesgo o vicio de la cosa, y para eximirse de responsabilidad debe acreditar la ruptura del nexo causal. Acierta Farina cuando dice: El consumidor está legitimado para demandar a cualquiera de los intervinientes en la relación de consumo, desde el productor hasta el expendedor directo... La obligación concurrente, al igual que la solidaria, le otorga al perjudicado la posibilidad de dirigirse contra cualquiera de los responsables o contra todos ellos simultáneamente (19).

La responsabilidad objetiva como principio general representa una separación de las teorías clásicas.

11) El daño directo: el art. 40 bis LDC (20). El daño directo es una pequeña compensación que el usuario afectado puede recibir en la sede administrativa si su reclamo prevalece. El instituto implica una ruptura respecto del sistema tradicional porque permite que se fije una indemnización en el ámbito de un procedimiento administrativo.

El daño directo recibió desde su aparición duras críticas de parte de la doctrina que le achacaba una inconstitucionalidad relacionada con el apartamiento del principio del juez natural. Nosotros siempre sostuvimos la constitucionalidad de la norma. Ello así porque el texto legal deja abierta la vía recursiva para revocar la resolución administrativa interponiendo el recurso de apelación(21).

12) Los daños punitivos (DP). Este instituto, de tradición sajona, ha sido incluido en nuestro ordenamiento por la ley 26.361 (art. 52 bis LDC) (22). La aplicación de daños punitivos, tema sumamente controvertido en la doctrina y vacilante en la jurisprudencia, marca otra clara ruptura con las teorías tradicionales.

En la concepción velezana, la teoría de la responsabilidad tenía por finalidad volver las cosas al estado anterior al daño. Por lo tanto, la indemnización tenía carácter resarcitorio. Esa tradición está representada por el viejo art. 1069 CC (23). La ley 17.711 amplía los rubros indemnizables agregando el daño moral previsto el art. 1078 CC (24). Por su parte, el Código Civil y Comercial continúa esa tradición resarcitoria que consiste en la restitución de los valores, materiales y morales, afectados por el evento dañoso. Por más que el art. 1738 CCyC incrementa los rubros indemnizables, todos ellos están subordinados al daño sufrido por la víctima.

Si se examina detenidamente esta concepción, se advierte que el daño y la reparación se articulan como términos equivalentes. Por lo tanto, la reparación deroga la noción del daño porque vuelve las cosas a su estado anterior; es decir, al estado en el que no existía el daño. Esta ficción conceptual determina que el daño reparado sea, en definitiva, un término equivalente al no-daño. Y siguiendo el curso de ese razonamiento, la reparación del daño también elimina la noción de víctima (una vez que recibe la indemnización) y la de agente dañador (una vez que paga la indemnización).

Este pensamiento nos merece severas críticas éticas. Si el daño ocurrido puede resarcirse por un cálculo aritmético consistente en sumar los rubros

indemnizables previstos (daño emergente, lucro cesante, daño moral, etc.) es muy posible que el agente dañador, antes de actuar, haga ese mismo cálculo y decida qué daños puede realizar sin afectar rentabilidad de su negocio o aun para mejorar su rendimiento. Si el costo de las indemnizaciones es menor que la renta pronosticada, elegirá pagar las indemnizaciones y desatender la calidad y la seguridad producto. El daño, así considerado, se convierte en un costo empresario desvinculado de toda noción ética (25).

Los daños punitivos actúan en dirección opuesta a esta concepción, porque desvinculan el daño material padecido por la víctima de la indemnización resultante. Los castigos punitivos superan el valor del daño producido porque la su finalidad no sólo es retributiva sino preventiva. Esta insubordinación parcial del daño y la indemnización es un punto de ruptura en la teoría general de la responsabilidad (26).

13) Las cargas probatorias dinámicas. El art. 377 del Cód. Procesal Civil y Comercial dispone que todo el que alegue hechos y derechos en una acción judicial debe acreditarlos (27). Esta regla también cede con la aparición del derecho del consumidor.

El art. 53 LDC establece que en las acciones judiciales de consumo la prueba, o, mejor dicho, la carga probatoria grava más al proveedor que al consumidor. Se le impone al proveedor la obligación de colaborar con el esclarecimiento del debate, aportando las pruebas que obren en su poder (28).

Pensamos que esta regla establecida en el art. 53 LDC es más imperativa que la prevista en el art. 1735 CCyC (29), que permite que sea el magistrado quien distribuya las cargas probatorias del proceso. El art. 53 LDC directamente dispone que esa carga pese sobre el proveedor y no sobre el usuario o consumidor.

Por tratarse de una regla que beneficia a los usuarios y los consumidores en el marco de un procedimiento judicial, pensamos que su aplicación será preferible en caso de colisión con lo dispuesto en el art. 1735 CCyC. Dicho de otro modo: pensamos que un magistrado no podría agravar la condición probatoria del usuario, ni aliviar las cargas impuestas a los proveedores en el art. 53 LDC.

14) La gratuidad de las acciones de consumo. Las acciones de consumo, sean individuales o colectivas, gozan del privilegio de gratuidad absoluta. La gratuidad está establecida en los arts. 53 y 55 LDC. La primera norma regula la gratuidad en las acciones individuales de consumo, mientras que la segunda dispone lo mismo en las acciones colectivas.

Hay entre las dos normas una diferencia importante. En el caso de las acciones individuales, la parte demandada puede probar la solvencia de la parte actora e interrumpir el beneficio. Por lo tanto, en este supuesto, el art. 53 LDC establece una presunción de insolvencia juris tantum que puede ser desvirtuada por la prueba en contrario. En el caso de las acciones colectivas de consumo, el art. 55 LDC no ofrece la posibilidad de que se demuestre la solvencia de actora. Esa circunstancia determina, a pesar de existir una cierta resistencia jurisprudencial, que la presunción de insolvencia es, en este supuesto, iure et de iure.

15) Las acciones colectivas de consumo. El art. 52 LDC, prevé un procedimiento judicial colectivo que hasta la aparición de la ley 24.240 era inédito en nuestro medio. La norma, en su tercer párrafo dispone: "...En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas. Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal."

El texto legal abre las puertas de los procesos colectivos en la Argentina. Cabe recordar que los derechos de incidencia colectiva fueron expresamente reconocidos en el art. 14 CCyC.

16) El orden Público. El art. 65 de ley 24.240 establece que toda su normativa es de orden público. Es decir, no puede ser dejada de lado por la voluntad convencional de las partes, ni por la hipotética colisión con otras normas del ordenamiento. El art. 65 LDC es una regla imprescindible para definir la ley aplicable y torcer la puja en favor de la ley de defensa del consumidor (30).

Hasta la próxima.

Notas al pie:

1) Abogado (UBA - 1987); especialista en relaciones de consumo. Actualmente se desempeña como Letrado de la Cámara de Apelaciones de Trelew. Fue Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos - 2002-2004). Es Profesor invitado de la Maestría en derecho Civil Patrimonial, en la materia Derecho el Consumidor de la Pontificia Universidad Católica Argentina y Profesor del Curso de Posgrado sobre Defensa del consumidor en Pontificia Universidad Católica Argentina. En 2017 publicó, Estatuto del Consumidor, Bogotá, Editorial Astrea SAS - Universidad del Rosario; y Tutela Judicial del Consumidor, Buenos Aires, 20XII Grupo Editorial. En 2016 publicó (junto con Silvio Battello) Fundamentos para la protección del Consumidor, San José', CR, Editorial Jurídica Continental. En 2016 publicó Sistema legal para la defensa del consumidor, Buenos Aires, Astrea. En 2015 publicó Código Civil y Comercial concordado, Buenos Aires, Astrea. En 2014 publicó Daños al consumidor, Buenos Aires, Astrea. En 2009 publicó La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos, Buenos Aires, Editorial Universidad. Puede ser contactado en fernandoshina@gmail.com

2) Diez Picazo, Luis, Contratos de consumo y derechos de contratos, en Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2006, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-10001100028 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Contratos de consumo y derecho de contratos, Captura, 20/12/16.

3) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p 317.

4) Art. 1. LDC. Objeto. Consumidor. Equiparación. 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.

5) Art. 959 CCyC. Efecto vinculante. 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.

6) Art. 3 LDC. Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N.° 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. 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.

7) Art. 1094 CCyC. 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.

8) Art. 1061. Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la

intención común de las partes y al principio de la buena fe.

9)Art. 2 LDC. Proveedor. Es 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 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.

10)Art. 13. LDC. 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.

11)...el derecho civil diseñó el principio de los efectos relativos de los contratos. El Derecho del consumo lo destruyó, al sugerir la imputación por daños al fabricante, al distribuidor, al mayorista, al titular de la marca, que no han celebrado contrato alguno con el consumidor... (Lorenzetti, Consumidores..., p 61).

12)Art. 8 LDC. 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. En los casos en que las ofertas 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 CUITdel oferente.

13)Art. 1103 CCyC. 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.

14)Art. 973. Invitación a ofertar. 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.

15)Art. 11. LDC. Garantías. Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento. La garantía legal tendrá vigencia por TRES (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados y por SEIS (6) meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. 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.

16)Art. 18. LDC. Vicios Redhibitorios. La aplicación de las disposiciones precedentes, no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios. En caso de vicio redhibitorio: a) A instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el artículo 2176 del Código Civil; b) El artículo 2170 del Código Civil no podrá ser opuesto al consumidor.

La norma debió modificarse porque las excepciones en la actualidad están dispuestas en el art. 1053 CCyC y no en los arts. 217a y 2176 como indica el art. 18 LDC. Este error material deberá ser subsanado reformas posteriores.

17)Art. 34 LDC. Revocación de aceptación. En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea

presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.

18) Art. 40 LDC. 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 proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

19) Farina, Juan, Defensa del consumidor..., p 453.

20) Art. 40 Bis LDC: Daño directo. El 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. 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 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.

21) Shina, Fernando, Daños al consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 197 y siguientes.

22) Art. 52 bis. Daño Punitivo. 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. 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, inciso b) de esta ley.

23) Art. 1.069. Cód. Civil. El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras "pérdidas e intereses". Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable. (Párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968).

24) Art. 1.078. La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968).

25) "Es sabido que las indemnizaciones tradicionales procuran compensar a la víctima de un daño, reponiéndole exactamente lo que perdió a causa de él. Pero si se admite que el daño desaparece por efecto de su reparación, también se anula la idea de víctima luego de ser compensada, y la de dañador luego de remediar el daño. Esta lógica induce a reflexionar que un daño causado deliberadamente es aceptable si luego es reparado. Si se analiza con profundidad se descubre que tras esta idea subyace un pragmatismo economicista antagónico con la ética". (Shina, Fernando, Daños al consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 161).

26) Por nuestra parte, pensamos que los daños punitivos consisten en una

reparación que se concede al demandado no para indemnizarlo por el daño padecido sino para disuadir al demandado, y a otros que intente conductas similares en lo sucesivo. De esta manera el Derecho interviene - indirectamente - sobre la conducta del sujeto para evitar la eventual ocurrencia del daño. En otras palabras, el instituto que estamos examinando trata de proteger a víctimas hipotéticas antes que castigar daños concretos. (Shina, Fernando, Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos, Jurisprudencia Argentina, Número Especial 2009 - III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 30 de septiembre de 2009, pg. 45).

27)Art. 377. CPCCN. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

28)Art. 53 párrafo tercero LDC. Normas del Proceso. "...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...

29)Art. 1735. Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

30)Art. 65 LDC.La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los ciento veinte (120) días a partir de su publicación.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 6 DE ABRIL DE 2018

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1738, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.14, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.957, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.959, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.973, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.984 al 989, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1021 al 1024, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1053, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1061 al 1068, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1073 al 1075, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1092 al 1122, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1094, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1103, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1110 al 1116, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1121 al 1171, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1735, Ley 340 Art.1069, Ley 340 Art.1078, Constitución Nacional Art.42, Ley 17.454 Art.377, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.2, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.8, Ley 24.240 Art.11, Ley 24.240 Art.13, Ley 24.240 Art.18, Ley 24.240 Art.32 al 33, Ley 24.240 Art.34, Ley 24.240 Art.36, Ley 24.240 Art.40, Ley 24.240 Art.40 Bis , Ley 24.240 Art.52 Bis , Ley 24.240 Art.53, Ley 24.240 Art.55, Ley 24.240 Art.65, LEY 26.361*

Recuerda, Todos Somos Uno

VERGARA, EXEQUIEL

Publicación: www.saij.gob.ar, 21 DE MARZO DE 2018

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

A treinta y cinco años de la primera celebración del Día Mundial de los Derechos del Consumidor, recordamos el momento que inspiró la celebración: aquél famoso discurso del presidente Kennedy, en la carta enviada al Congreso de Estados Unidos el 15 de marzo de 1962 y a la que podemos sintetizar en tres palabras, "consumidores somos todos", y por ello necesitamos la protección de nuestros derechos por ser el grupo económico más grande, pero frecuentemente el menos escuchado.

Dos años más tarde, en abril de 1985, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba las "Directrices Internacionales para la protección de los consumidores", actualizadas en 1999 y ampliadas en diciembre de 2015, con la participación del movimiento de consumidores a nivel global, cuya representación institucional está dada por la organización Consumers International (CI).

Con la premisa de convertirse en "la voz global de los consumidores", Consumers International nació en Londres, en 1960, bajo el nombre IOCU (Organización Internacional de Consumidores Unidos) y a la fecha tiene representación en ciento veinte países, cuyos miembros son tanto asociaciones de consumidores como entidades de gobierno. Por aquellos primeros años trabajaba en la organización el profesor malasio Anwar Fazal, quien promovió el establecimiento de la fecha 15 de marzo para conmemorar los derechos del consumidor.

En nuestro país la historia es más reciente, empezando por 1993 con el dictado de la ley de defensa del consumidor, la famosa 24.240, y al año siguiente con la consagración de los derechos de los consumidores en el art. 42 de la Constitución Nacional, en el capítulo llamado "Nuevos derechos y garantías" de su última reforma. Nuestra Carta Magna no sólo reconoció los derechos de los consumidores y usuarios 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, sino que también previó la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Más tarde vendrían numerosas reformas legislativas a la 24.240, entre ellas la de abril de 2008, que incorpora la multa a las empresas incumplidoras de la ley. Y otro gran hito en la materia, será la unificación de los Códigos Civil y Comercial, que rige a partir de agosto de 2015, y en el que el derecho del consumidor ocupa un lugar central, tanto en el libro dedicado a los contratos, como en los "principios" que atraviesan toda la obra, y que lo convierten en una excelente herramienta para ser utilizada contra cualquier tipo de abuso en las prácticas o en las cláusulas que realizaren los proveedores (la contracara del consumidor en términos legales).

A nivel local, la ciudad de Córdoba fue pionera en la materia con el dictado de la ordenanza 8.852 de protección al consumidor, que en 1992 crea la Oficina de Información al Vecino y Protección al Consumidor, y el Consejo Municipal de Protección al Consumidor, anticipándose a la tendencia de regulación nacional. Y a nivel provincial contamos con la ley 10.247, publicada el 13 de febrero de 2015, y que ratifica las funciones de las asociaciones de consumidores y usuarios, ampliando las competencias otorgadas por la ley 24.240.

El panorama para el derecho del consumidor es auspicioso, pero para que realmente nuestros derechos como consumidores sean valorados y respetados, para que construyamos una cultura cívica que naturalmente cuide al usuario y al consumidor como lo que es, la parte más débil en una relación contractual, es necesario que tres sectores trabajen y se comprometan con la causa.

El primero de esos sectores es el Estado, en todos sus niveles y poderes. Tenemos numerosas leyes, que podemos ampliar y mejorar. Tenemos entes de defensa del consumidor a nivel nacional, provincial y municipal. Defensorías

del pueblo, entes oficiales de control de los servicios públicos en general, y de cada uno de ellos en particular. Del gas, de la energía eléctrica, del transporte, de las comunicaciones. Y asimismo un poder judicial que debe actualizarse y "tomar partido" por los consumidores, adherirse a proteger a quienes firman un contrato de adhesión. Actualizarse, modernizarse, y escuchar a los consumidores.

El segundo sector está dado por quienes representan a los consumidores de manera organizada, institucional. Las asociaciones de consumidores están para promover los derechos, colaborar con los órganos estatales y direccionar los reclamos para volverlos más efectivos. El trabajo colaborativo entre las ONGs y los entes estatales es clave para mejorar las leyes, su ejecución y la resolución de los conflictos. El año pasado varias asociaciones de consumidores solicitaron judicialmente frenar el aumento del gas, y la Corte de Justicia de la Nación les dio la razón: como resultado el beneficio fue colectivo. Tarde, pero se escuchó a los consumidores.

Y el tercer sector, como decía aquella carta al Congreso norteamericano, somos todos. Los ciudadanos debemos informarnos de nuestros derechos y reclamar. Unirnos para trabajar en conjunto, salir de la pasiva indignación hacia un activismo competente para defender nuestros derechos, para que no queden en el papel o el monitor...

Estos tres sectores deben trabajar de manera conjunta y coordinada. Las asociaciones de consumidores y los entes públicos reciben todos los días numerosas denuncias. Esta información debe intercambiarse y no ocultarse, para poder ser investigada y organizada y poner fin al avasallamiento de nuestras garantías constitucionales como consumidores. Por poner un ejemplo, la asociación de consumidores Usuarios y Consumidores Unidos detectó el año pasado una maniobra de una empresa financiera que mediante publicidad engañosa inducía a las personas a firmar contratos de planes de ahorro, que se ofrecían como préstamos. Tras oficiar al ente provincial pidiendo información, se descubrió que los perjudicados en la ciudad ascendían a más de doscientos casos. Esto derivó en una publicación periodística que alertó a nuevos consumidores para que no caigan en el engaño, independientemente de las acciones judiciales que están en curso.

Sectores amplios pero más específicos de consumidores, como el de los inquilinos, reclaman también una mayor protección. En base a las denuncias recibidas, asociaciones como la Cámara de Inquilinos Córdoba envían propuestas a los colegios profesionales, entes estatales y legisladores, y de ese modo se consiguen cambios importantes y con participación de todos los sectores afectados. El trabajo conjunto con la Dirección de Protección al Consumidor de la Municipalidad de Córdoba, posibilita advertir cuándo se da el caso de inmobiliarias que incumplen la normativa, y tomar medidas para proteger a los afectados.

Sólo mediante el trabajo conjunto y coordinado de las organizaciones no gubernamentales (ONGs) y el Estado, y con la participación de ciudadanos dispuestos a hacer valer sus derechos de manera activa, lograremos que la protección sea efectiva, que la información sea plena y que nuestros derechos no sean meras declaraciones. Recordemos, como dice el poema Anwar Fazal, que Todos Somos Uno.

Notas al pie:

- Exequiel Vergara - Director Delegación Córdoba de Usuarios y Consumidores Unidos - RNAC n° 21.
- <http://www.anwarfazal.net/poem.php> .

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 21 DE MARZO DE 2018

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, LEY 10.247

Consumidores: hay jueces que huyen de los Derechos Humanos

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 27 DE DICIEMBRE DE 2017

TEMA

DERECHOS HUMANOS-CONSUMIDORES-RELACION DE CONSUMO-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

TEXTO

Resumen. Los derechos derivados del consumo, de carácter individual, social y humanos requieren, en su tratamiento, una visión focalizada en su real dimensión, en cumplimiento de normativas internas e internacionales vigentes; y los operadores jurídicos, especialmente los jueces, deben extremar los recursos hemenéuticos a su disposición. Desconocer tal requerimiento implica "huir" de los Derechos Humanos comprometidos en esa faena, desatendiendo la dignidad de la persona.

1. Originalmente, había pensado titular este trabajo "Consumidores: cuando la Justicia huye de los Derechos Humanos"; sin embargo, me pareció, precisamente, injusto, embarcar a un tanpreciado ideal como 'la justicia' en tan deslucida situación; luego, creí mejorar el título cambiándolo a "Consumidores: cuando los jueces huyen de los Derechos Humanos", pero entonces me pareció inadecuado referirme a "los jueces", expresión que parecía incluir a "todos" los jueces, lo que sería igualmente injusto de mi parte; finalmente, decidí llamar las cosas por su nombre y limitar la simbólica "fuga" a sólo aquellos protagonistas funcionales a los que "les quepa el sayo"; ellos sabrán.

2. El fallo judicial que motiva estas reflexiones recayó en autos "V.E.A. c/ P.S.A s/ Daños y Perjuicios", Cám. Civ. y Com., Sala C, 10/02/2016; la causa llegó a Corte Suprema, siendo desestimada en los términos del art. 280, CPCCN. El colega, Dr. Matías Werner, ha reseñado, oportunamente, el caso sub-examen ("Con-sumo cuidado", 11 /05 /2016; y "Un fallo para intoxicarse", 16/11/2017; ambos publicados en:"www.diariojudicial.com"), donde se puntualizan estos hechos: 'en una reunión familiar, los demandantes encargaron a un local de la franquicia dos docenas de empanadas y recibieron una docena más con motivo de una promoción... Al otro día, todos los que comieron el producto comenzaron a sentirse mal. Dolores de abdomen, vómitos, fiebre y diarrea, fueron alguno de los síntomas.

Acudieron a los servicios de emergencias médicas para ser atendidas: dos de las personas fueron internadas de urgencia. Les habían diagnosticado "abdomen agudo" fruto de una intoxicación alimentaria, fue por ello que denunciaron el hecho, no sólo a la dirección de Defensa del Consumidor, sino a Bromatología Municipal y al Instituto Nacional de Alimentos. Las autoridades incluso hicieron una inspección al local y verificaron que los productos contenían la bacteria "Escherichia Colli". Por esa circunstancia, se instruyó una causa penal contra la dueña del local en cuestión'; de la causa surge que una de las co-actoras...se encontraba embarazada. La pretensión de la parte demandante fue desestimada en ambas instancias (condenada en costas, en la segunda) y, como se dijo 'supra', rechazada ante la CSJN por aplicación del 'writ of certiorari' -negativo-, localmente diseñado en el art. 280, CPCCN, cit.

3. Ahora bien; el fallo -dividido- de Cámara resultó negativo a las pretensiones de la demanda, conforme con los argumentos del voto del juez preopinante, Dr. Alvarez Juliá, al que adhirió el magistrado Dr. Díaz Solimine, con la disidencia de la Dra. Cortelezzi. El rechazo de la demanda se basa sobre esta línea argumental: 1) la aplicación del régimen de protección al consumidor requiere como premisa insoslayable la 'previa acreditación de una relación de consumo', (aunque, a este fin no resulta necesario que exista o subsista un vínculo contractual); 2) la carga probatoria sobre ésta 'le incumbe al consumidor', por aplicación de los principios generales en la

materia, tratándose de procesos de daños por productos elaborados, como el de autos; 3) los accionantes 'no lograron' acreditar la configuración de la relación de consumo: los reclamantes 'no acompañaron la factura o ticket' que acreditase la compra de empanadas en el local de R., que sin lugar a dudas, hubiera resultado la prueba idónea para demostrar la conexión existente con los proveedores aquí demandados; 4) en su defecto -por no haberles sido entregada al haberse concretado la operación mediante la modalidad de "delivery" o por haber sido extraviada-, lo cierto es que, pudiendo hacerlo, 'tampoco ofrecieron que se designe un perito contador' a fin de que compulse los registros contables de la demandada y corrobore si se hallaba asentada la compra denunciada; 5) finalmente, 'no se advierten indicios' serios, precisos y concordantes de los que pueda inferirse la existencia de dicha adquisición, tales como: a) la caja de cartón de la marca, cuya titular es co-demandada - con el logo correspondiente pero que no contiene ningún dato objetivo respecto de la compra de los productos indicados-; b) el llamado telefónico realizado en dicha fecha al local, por no hallar respaldo en ninguna otra constancia objetiva; c) la denuncia oportunamente formulada ante la Municipalidad de General San Martín, dejando constancia de la adquisición de los productos, ya que tales dichos no dejarían de ser manifestaciones unilaterales provenientes de una de las partes. En consecuencia, siendo que el consumidor debe probar la intervención del producto en el hecho, que ese producto adolecía de vicio, el daño sufrido y la relación causal entre éste y el vicio del producto, sin haberlo logrado, el voto preliminar propone confirmar la sentencia de grado, rechazando la demanda, con costas.

4. A su turno, la Dra. Cortelezzi sostiene que, si bien no se ha acreditado la compra del producto contaminado en el local de la demandada con el respectivo ticket de compra, existen indicios serios, precisos y concordantes de los que cabe inferir la existencia de dicha transacción, así como que el daño a la salud de los actores (intoxicación) tiene relación de causalidad directa con la ingesta de un producto contaminado adquirido en dicho local; tales indicios consisten, prácticamente, en 'las mismas circunstancias fácticas' enumeradas en el primer voto, pero, claro está, interpretadas en sentido contrario a éste: el llamado telefónico informado por Telecom; el "escaso lapso temporal" entre la ingesta de los alimentos y los síntomas patológicos experimentados por el grupo familiar y la atención médica requerida; las denuncias oportunamente efectuadas ante diversos organismos administrativos; las múltiples irregularidades detectadas en local y planta de la parte demandada, con imposición de multas, por falta de higiene en esos lugares (1). En consecuencia, la magistrada en disidencia propone "admitir los agravios de los actores y atribuir la responsabilidad por la ocurrencia del hecho dañoso reclamado en autos a las demandadas, con costas de ambas instancias".

5. Ahora bien; de la compulsión de ambas líneas de argumentación que anteceden, surge la cuestión acerca de quién y por qué medios debe probar la existencia de una relación de consumo. En efecto, según la voz mayoritaria en el fallo en comentario, es el 'consumidor' quien debe probar: "a] la intervención del producto en el hecho, b] que ese producto adolecía de vicio, c] el daño sufrido y d] la relación causal entre éste y el vicio del producto", ya que a él incumbe el 'onus probandi'; esto así "por aplicación de los principios generales en la materia (cfr. art. 337 del CPCC)". Según surge de dichos considerandos, la parte actora había invocado a su favor 'la carga impuesta al proveedor por el art. 53 de la ley 24.240, y el principio "in dubio pro consummatore"'; pero, no obstante, el magistrado pre-opinante desestima estos argumentos inclinándose, como se dijo, por el criterio procesal antes citado, sin aportar razones que tiendan a desplazar aquellos principios, propios del derecho consumeril. A su turno, respecto del carácter 'tutelar' del régimen consumerista, el voto en minoría recordó que el mismo "radica en obtener la efectividad de la protección del consumidor"; y agrega que "el principio protectorio como norma fundante es cimiento que atraviesa todo el orden jurídico"; sin duda, este argumento se refiere, no sólo al acotado principio "in dubio pro consummatore" (art. 3º, Ley de Defensa del Consumidor, nº 24.240 y mod. -LDC -, y art. 1094, 2º párrafo, Cód. Civ. y Com. -CCC-), sino al más genérico "pro consummatore" (art. 1º, LDC, y art. 1094, párrafo 1º, CCC). Sin embargo, debe tenerse presente que, si bien tanto el mentado principio "pro consummatore" como el "in dubio pro consummatore" se

hallan en los arts. 1° y 3°, LDC, respectivamente, desde el texto original de esta norma (1993) -con la ampliación y jerarquización, en su caso, de 1994, mediante el actual art. 42 Cons. Nac.-, la carga procesal que prevé el art. 53, LDC, en cambio, sólo se agrega a su texto, en 2008, merced a la reforma introducida por la ley n° 26.361 al régimen consumeril; de modo que, según hayan transcurrido los tiempos procesales de la causa, tal circunstancia podría dar lugar a cuestiones de derecho "intertemporal" o "transitorio" (2); a este respecto, enseñaba BORDA que las 'leyes procedimentales' "en principio...tienen efectos inmediatos y se aplican...a las causas pendientes", siempre y cuando "dicha aplicación no comporte un alteración de actos ya concluidos, o sea, que se deje sin efecto lo actuado de conformidad con leyes anteriores" o se trate de "trámites, plazos y diligencias que hayan tenido principio de ejecución o comenzado su curso" (3).

El voto en minoría dedica un párrafo a esta cuestión, aunque sin mencionar la carga prevista en el art. 53, LDC, cit. ni, en consecuencia, sacar conclusión alguna al respecto: sólo insiste en la eficacia probatoria de los indicios de la causa a los que se refiere en su disidencia. De todos modos, aun prescindiendo de los efectos cargosos para el proveedor derivados de la norma consumataria aludida, por aplicación de la 'doctrina de las cargas probatorias dinámicas' -según la cual "se trata de hacer recaer la carga de la prueba sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o de hecho para producirla" (4)-, enlazado al principio general "pro consummatore" antes mencionado, se impone la exigencia de cierto 'esfuerzo probatorio adicional' en el proveedor demandado, cosa que parece no haber ocurrido en autos. Nótese que, del relato de ambos camaristas (primer voto y voto en minoría) parece desprenderse una cierta "orfandad probatoria" puntual: no hay en los considerandos respectivos ninguna alusión a probanzas testimoniales rendidas en el expediente, sin perjuicio, claro está, de la pericial contable cuya ausencia se reprocha a la parte actora; ambas medidas probatorias bien pudieron ser producidas a instancias de cualquiera de las partes y, en particular, cargadas sobre la demandada, quien, obviamente, estaba en mejores condiciones de ofrecer el testimonio de su personal, como la pericia sobre sus propias constancias contables; reitero: del relato de los camaristas mentados, nada de esto parece haber ocurrido en el desarrollo de la causa.

6. Resulta oportuno recordar que los derechos del consumo tienen carácter 'individual', 'social' y 'humano'; en consecuencia, cada consumidor - individual o, en su caso, colectivamente- puede accionar en defensa de sus derechos de raigambre constitucional (art. 42, Cons. Nac., cit.), derechos fundamentales requeridos de 'defensa' y 'protección' (5), insertos en una 'situación de campo' de proyección social, en tanto "vehículo social de protección general, vinculado a derechos elementales de la persona humana" (6). Ahora bien; todos somos 'personas' porque todos somos 'humanos' (7) y, siendo el humano un ser sujeto a 'privaciones', tales privaciones se cubren, generalmente, mediante el 'consumo'; en consecuencia, 'todos somos consumidores', pues nuestra calidad de seres 'biológicos y socio-culturales' requiere, para nuestra propia 'existencia', la cobertura, en mayor o en menor medida, de dichas carencias (8). En estos términos, he argumentado con anterioridad que 'tratándose de una situación de consumo, cabe adecuar el criterio empleado extremando el ejercicio de la 'empatía', con relevancia jurídica, necesaria para juzgar estos casos, pues si "todos somos consumidores", ese "ponerse en lugar del otro" -el damnificado-, queda facilitado por la propia experiencia', y me he preguntado si "(no es precisamente en la dignidad de la persona donde hace foco el régimen tutelar de los derechos humanos, ubicándose los derechos de consumidores y usuarios entre ellos?", ya que "sucede que, cumpliendo el derecho una 'función social', se impone en el operador jurídico ejercer una 'comprensión' de las conductas en juego, circunstancia que abarca, tanto la conducta del proveedor cuanto la 'situación' del consumidor y, en consecuencia, interpretar, en el contexto socio-jurídico adecuado, la acción y las pretensiones de la parte actora" (9). En consecuencia, el caso que motiva estas reflexiones parece justificar, axiológica y jurídicamente (10), el sentido del voto en minoría de la Dra. Cortelezzi, ya que se detecta, a partir de constancias sintomáticas de la causa, un plexo de argumentos favorables a la posición de la parte actora, sobre la base indudable de la existencia de una 'situación de consumo' y, por

extensión, de los respectivos caracteres de consumidores y proveedores de los sujetos procesales del pleito.

7. Para finalizar, conviene recordar que el carácter de "consumidor" no requiere de calificación alguna, ni resulta jurídicamente adecuado determinar "categorías" dentro de tal concepto: un consumidor es igual a otro consumidor, abstrayéndonos de las condiciones particulares de cada uno (p. ej.: un abogado y su grupo familiar es igual a cualquier otro individuo -profesionalmente calificado o no- y su entorno personal). TAMBUSSI (op. cit.) invocando a FARINA, recuerda que "no sólo estamos hablando de una rama jurídica con principios propios, sino de la extensión de sus conceptos a otras especialidades"; esta influencia particular del derecho del consumo, desde luego, opera también sobre los procedimientos tendientes a juzgar las situaciones consumeristas. Desatender ciertos aspectos relativos a situaciones que se subsumen bajo normativas sobre derechos fundamentales de la persona, vigentes en la República, con las propiedades constitutivas y operativas de los mismos, implica renunciar a incursionar en dicho ámbito jurídico, huyendo así, voluntariamente, de los Derechos Humanos. Ocurre que, superada la etapa del "animismo" atribuido a la naturaleza (11) e, incluso, los criterios de "cosificación" de las personas (esclavitud, servidumbre), cuando hablamos de "derecho", hablamos de 'personas' y, los derechos humanos se refieren, concretamente, a los aspectos esenciales de la 'dignidad de la persona humana'; por eso, no es que se exija al juez actos heroicos, sino que, en todo caso, pedimos que cumpla éste cabalmente su misión hermenéutica y actuar, como el Quijote, "enderezando tuertos y desfaciendo agravios" allí donde los hubiere. Que así sea.

Notas al pie:

1) En el texto, dejo de lado 'ex profeso' la divergencia resultante de las pericias médico-biológicas, en cuanto a que "la bacteria detectada en el análisis de la co-actora M.M.L. ha sido la Salmonella y que la hallada en la muestra de empanadas crudas de jamón y muzzarella fue la Escherichia Coli", ya que, conforme surge del voto de la Dra. Cortelezzi -de donde se extrae la cita- se ha sostenido en dichas pericias que "la presencia de ésta última indica la de otras bacterias" -entre ellas, la Salmonella-, por falta de higiene del lugar peritado; por otra parte, esta diferencia de resultados periciales no fue objeto de debate en los votos emitidos.

2) CARDINI, EUGENIO OSVALDO, "Lineamientos de la reforma a la parte general del derecho civil"; Abeledo-Perrot, 1969.

3) BORDA, GUILLERMO A.; Tratado de Derecho Civil - Parte General-, Tomo I; Abeledo-Perrot, 1999.

4) DONAIRES SANCHEZ, PEDRO, "Aplicación jurisprudencial de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas"; www.derechoycambio social.com.

5) Por aplicación de los derechos fundamentales "de defensa" y "a protección" de ROBERT ALEXY, "Teoría de los derechos fundamentales"; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Puede verse, asimismo, entre otros: CONDOMI, ALFREDO MARIO, "Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -primeras aproximaciones-"; 20/10/2011; www.infojus.gov.ar, Id SAIJ: DACF110174.

6) TAMBUSSI, CARLOS EDUARDO, "Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos", en GORDILLO, AGUSTÍN y otros, "Derechos Humanos", 6a. ed.; Fundación de Derecho Administrativo. Este autor reclama del consumidor un 'papel activo', no limitado a la necesidad de defensa y protección que su condición de 'parte débil' de la (in)ecuación "proveedor-consumidor" requiere. Dice el Dr. TAMBUSSI: "la concepción de consumidor...se construye en base a la brega por un consumidor protegido, pero además informado, activo, participante de los procesos e instituciones de decisión acerca de su problemática, dotado además de acceso irrestricto a la justicia" (loc. cit.).

7) La terminología de los documentos internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en la República, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Cons. Nac.), es elocuente al referirse a "todo ser humano", "todas las personas", "toda persona", "cada persona", "todos los seres humanos", "todo individuo", "todos", "todos los individuos", "hombres y mujeres", "nadie" (es decir: ninguna 'persona'); siendo clarísimo al respecto el enunciado del art. 1º.2., Convención Americana sobre Derechos Humanos, al establecer que: "para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

8) Cito, nuevamente, a TAMBUSSI: 'Persona es "todo ser humano", y dicho

término es abarcativo de sus limitaciones, sus necesidades, su situación de inferioridad. Persona (consumidor) es todo ser humano en toda la amplitud y significación de ese concepto. Amplitud porque no excluye a nadie' (loc. cit.).

9) CONDOMI, ALFREDO MARIO, "Cuestionable criterio jurisprudencial en un caso de derecho del consumo"; 05/07/2017; www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF170283.

10) Establecer un marco normativo en el ámbito jurídico, implica 'valorar' las situaciones y relaciones comprometidas en el caso. En conexión con la 'interpretación', puede verse: CONDOMI, ALFREDO MARIO, "El complejo fenómeno de la interpretación en el ámbito jurídico"; 23/10/2017; www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF170451.

11) KELSEN, HANS, "Teoría General del Derecho y del Estado"; Imprenta Universitaria, México, 1950.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 27 DE DICIEMBRE DE 2017

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1094, Constitución Nacional Art.42, Ley 17.454 Art.280, Ley 17.454 Art.337, Ley 24.240 Art.1, Ley 24.240 Art.1 al 3, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.53, LEY 26.361*

Cuenta corriente bancaria y derechos del consumidor: algunos aspectos puntuales

BARBIERI, PABLO CARLOS

Publicación: www.saij.gob.ar, 1 DE NOVIEMBRE DE 2017

TEMA

CONTRATOS BANCARIOS-CUENTA CORRIENTE BANCARIA-CONTRATOS DE ADHESION-
RESPONSABILIDAD BANCARIA-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

1. Algunos antecedentes.

La aplicación de los principios protectorios de usuarios y consumidores a la relación que éstos -como clientes- anudan con entidades con las que suscribieron contratos de cuenta corriente bancaria no es tan nueva como podría suponerse.

Ya en el año 2005, se registraban antecedentes de multas a las entidades financieras aplicando el art. 4° de la ley 24.240, citándose precedentes anteriores. Se dispuso allí que "Corresponde confirmar la disposición por la cual la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor impuso una multa a una entidad financiera por violación del deber de información establecido en el artículo 4° de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125), en virtud de no haber informado a un cliente la composición del saldo deudor de su cuenta corriente y el cobro de un cargo incluido en esa deuda -en el caso, denominado "servicio atención saldo deudor"-, pues el hecho de que el consumidor haya acompañado a su denuncia el detalle de movimientos de cuenta provisto por el banco sancionado no acredita el cumplimiento del deber de información a su cargo, en tanto tal detalle fue entregado con posterioridad a la recepción del resumen de cuenta"(1).

Ello provocó interesantísimos estudios doctrinarios en los que se discurrió sobre la figura del "consumidor bancario" y la función tuitiva del Derecho en la materia (2). A la par, el debate jurisprudencial fue creciendo en relación a diversos tópicos.

La temática se fortaleció luego de la sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial que, en cierto modo, profundizó esa tendencia tuitiva en materia de contratos bancarios.

En efecto, el art. 1384 dispone, textualmente, que "las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el art. 1093"; como hemos sostenido, ello ejerce "influencia a la hora de interpretar los derechos y obligaciones que emergen de ellos"(3). Se recepta así, acaso, el criterio jurisprudencial que ejercía cierta dominación en la materia.

Rige esta pauta para todos los contratos bancarios regulados en el Código (depósito bancario, préstamo y descuento, apertura de crédito, servicio de caja de seguridad y custodia de títulos). Sin embargo, en el que mayor importancia reviste es en el de cuenta corriente bancaria, considerado como el contrato bancario por excelencia, no solo por su utilización, sino también por la especificidad de su regulación, sobre todo en lo referido a las disposiciones del Banco Central de la República Argentina.

2. La impronta consumeril.

Son variados los ítems en los cuales la normativa protectoria de usuarios y consumidores deja su impronta dentro del contrato de cuenta corriente bancaria. De hecho, el propio B.C.R.A. posee una normativa específica sobre "Protección de los Usuarios de Servicios Financieros"(4), brindando ello una cabal idea de la tendencia imperante.

Un primer aspecto se relaciona con la legitimación de las asociaciones que agrupan usuarios y consumidores para promover acciones en su representación. Ello motivó, incluso un pronunciamiento de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver que "En el marco de una acción que tiene como objeto de que se condene a una entidad bancaria a devolver a los usuarios de cuenta-corriente de la entidad lo percibido de más durante los últimos diez años por el cobro del concepto denominado "riesgo contingente", la asociación civil que interpuso demanda se encuentra legitimada, pues de no ser así se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, pues no parece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda", aplicándole el trámite previsto por el art. 54 de la ley 24.240 (5).

Y, del mismo modo, asume importancia la cuestión referente a la competencia para la ejecución de préstamos bancarios destinados al consumo, aplicándose, en tales casos, las reglas del art. 36 de la ley 24.240. Así, por ejemplo, se resolvió que "Tratándose del juicio en el cual una entidad bancaria pretende percibir la deuda originada en un préstamo otorgado para consumo, es competente el juez con jurisdicción en el domicilio real del accionado, en tanto el caso se encuentra subsumido en la casuística del art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor, siendo que la previsión específica contenida en esa norma fulmina de nulidad cualquier pacto en contrario, a partir del carácter de orden público que ostenta la normativa mencionada"(6).

Sin embargo, estimamos que hay dos aspectos puntuales que merecen un tratamiento por separado: la responsabilidad bancaria por su obrar en la dinámica del contrato de cuenta corriente bancaria y distintas cláusulas de renunciaciones de derechos que pueden contener los contratos.

Tratataremos ambos supuestos por separado.

3. Responsabilidad bancaria. Protección de usuarios y consumidores del contrato de cuenta corriente bancaria.

En la cuenta corriente bancaria nos encontramos ante un contrato en el que, claramente, existe una desigualdad entre las partes, lo que se traduce en los estándares jurídicos utilizados para evaluar la responsabilidad en el caso de incumplimiento.

Claramente, a mi entender, es aplicable el art. 1725, primer párrafo, del Cód. Civil y Comercial: "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigida al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias". En el caso del banco estamos, sin dudar, ante una responsabilidad de carácter profesional que, al combinarse con las normas protectorias de usuarios y consumidores, genera interesantes derivaciones jurídicas.

De hecho, en materia de cuenta corriente bancaria, el art. 1406 del CCyC consagra la responsabilidad del banco por los perjuicios causados por la "emisión o utilización indebida" del certificado de saldo deudor, considerado como título ejecutivo, conforme al primer párrafo de dicha norma.

Y ello ha tenido aplicación jurisprudencial. En efecto, En un fallo que registró disidencias, se resolvió que "la entidad bancaria demandada actuó indebidamente en los términos del art. 1109 del Código Civil (actuales arts. 1716 y ccs., Cód. Civil y Comercial), dado que acreditó con seis meses de retraso el depósito efectuado por el actor y ello impidió la regularización de la situación de su cuenta corriente, agravó el estado de descubierto y lo llevó al cierre de la cuenta", agregándose que "siendo que el cierre indebido de la cuenta corriente del actor por parte de la entidad bancaria demandada bien pudo provocar zozobras, angustias de espíritu y temores, resulta procedente otorgarle una indemnización por daño moral"(7) (el destacado me pertenece).

La dinámica de la cuenta corriente también plantea otros supuestos de responsabilidad dentro de la temática en estudio.

Así, por ejemplo, se decidió que "1 - Un banco debe responder por los daños

ocasionados a un cuentacorrentista en virtud del embargo trabado sobre sus haberes para cubrir un saldo deudor, pues sin pedir su consentimiento permitió que el cotitular de la cuenta modificara el límite para girar en descubierto; e incumplió el deber que impone el art. 5° de la ley 24.240, al cambiar el domicilio de recepción de los resúmenes sin informárselo. 2 - La solidaridad existente entre los cotitulares de una cuenta corriente -en el caso, la contrataron siendo cónyuges- no habilita para sostener que cualquiera de ellos, en forma unilateral, pueda agravar las condiciones de contratación originalmente pactadas o ampliar la disponibilidad crediticia sin contar con el consentimiento del otro, pues se trata de decisiones que importan agravar la eventual responsabilidad de ambos. 3. La Ley de Defensa del Consumidor es aplicable a un contrato de cuenta corriente celebrado antes de la fecha de su entrada en vigencia, si se trata de una relación de tracto sucesivo que se mantuvo luego de dicho momento" (8). El último párrafo del decisorio transcripto es un cabal reflejo de la postura dominante que intentamos volcar en el presente comentario.

4. Cláusulas de renuncia de derechos.

Es unánime -doctrinaria y jurisprudencialmente- la inclusión de la cuenta corriente bancaria dentro de los contratos de adhesión, definidos en el art. 984 del Código Civil y Comercial como aquellos "mediante el cual uno de los contratantes adhiere a las cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción".

En ese contexto, la posibilidad de encontrar cláusulas que puedan ser objetadas a la luz de la aplicación de la normativa protectoria de usuarios y consumidores es palpable. Sobre todo, cuando se trata de aquellas que implican una renuncia anticipada de derechos que le asisten al cliente-cuentacorrentista. Ello no solo se extiende a la cuenta corriente bancaria, sino también al contrato de tarjeta de crédito y otras figuras encuadradas bajo el rótulo de "contratos bancarios" (v.gr., servicio de cajas de seguridad).

A nuestro entender, esas cláusulas son nulas (9).

En algunos supuestos puntuales, la solución es consagrada por el propio texto legal. Así ocurre, por ejemplo, con el art. 1414, referida al contrato del servicio de caja de seguridad, donde se establece que "la cláusula que exime de responsabilidad al prestador, se tiene por no escrita", criterio que, antes de la sanción del Código Civil y Comercial, había sido consagrado jurisprudencialmente.

Sin embargo, en otras hipótesis, fueron los tribunales quienes debieron declarar dicha sanción y, en los fundamentos, ingresa decisivamente la calidad de usuario o consumidor bancario asignada al cliente-cuentacorrentista.

Hace más de quince años, ya se resolvía que "conculca el régimen de defensa del consumidor -establecido por ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125)- la cláusula de un contrato de caja de ahorro con débito automático que faculta al Banco para disponer unilateralmente y en cualquier momento la devolución de la tarjeta de crédito y dispone la renuncia del usuario a toda acción contra aquél o un establecimiento adherido al sistema por tal motivo, en tanto consagra una restricción indebida a los derechos del consumidor, pues sólo un incumplimiento reprochable justifica la anulación de la tarjeta" (10).

Un reciente fallo ha decidido que "debe señalarse que cualquier renuncia de derechos impuesta en el contrato de apertura de la cuenta corriente bancaria o en el contrato de tarjeta de crédito que implique derechos derivados de la ley que regula esta última materia, configuraría una cláusula nula por receptor una renuncia de derechos indisponibles (cfr. art. 37 inc. b de la Ley 24.240, art. 14 inc. a Ley 25.065). Caso contrario, y mediante un simple recurso instrumental y bilateral incorporado a una norma de carácter privado en beneficio de las entidades bancarias (vg. emisión del certificado previsto por el art. 1406 cit.), se violaría toda la protección legal de orden público establecido en la ley de referencia. Por consiguiente, el débito de cargos por resúmenes de tarjeta de crédito en saldos deudores en cuenta corriente

deberá igualmente cumplimentar todas las disposiciones que las leyes antes referidas contienen tanto para obtener su cobro, como en lo relativo a los deberes de información"(11).

La solución es clara y, una vez más, aparece vigente el principio protectorio de usuarios y consumidores. Nótese que diversas normas se refieren a este tipo de cuestiones en materia contractual. El art. 37, inc. b) de la ley 24.240 fulmina con nulidad -sin perjuicio de la validez del resto del contrato-, a "las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte", como ocurre en el caso que nos ocupa. Ello resulta concordante con el art. 1117 del Cód. Civil y Comercial. Del mismo modo, el art. 988 de ese cuerpo legal -referido a los contratos de adhesión-, preceptúa que "se deben tener por no escritas...b) las (cláusulas) que imponen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias". Todos estos preceptos son claramente aplicables a la relación jurídica objeto del presente trabajo.

5. Algunas conclusiones.

Como puede suponerse, la materia posee muy ricos análisis y distintos aspectos de interés que exceden el límite impuesto a este comentario. Y ello no solo se extiende a lo jurídico, sino que también puede apuntar hacia lo estrictamente económico y, por qué no, a lo social.

Cierto es que la relación entre el banco y el cuentacorrentista no puede obviar los derechos de usuarios y consumidores bancarios y la normativa protectoria dictada en consecuencia, no solo por la vigencia de la ley específica en la materia -ley 24.240 y sus modificatorias-, sino también por los preceptos establecidos en el Código Civil y Comercial y la propia reglamentación del Banco Central de la República Argentina.

Ello no solo se limita al contrato de cuenta corriente. Son numerosos los precedentes que aplican distintas normas protectorias en el desenvolvimiento del contrato de tarjetas de crédito. Así, por ejemplo, se resolvió que "Un banco emisor de tarjetas de crédito debe suspender cautelarmente el cobro de los cargos por exceso en el límite máximo de compra en el que incurrieran los usuarios, dado que no existe ningún servicio por cuya prestación aquél tenga derecho a obtener la mencionada retribución, y si dicho monto fue previsto como sanción, se estarían ampliando sus derechos en los términos que prohíbe el art. 37 de la Ley 24.240"(12).

Doctrinariamente, a modo de síntesis, se ha sostenido que "la jurisprudencia actual ha reconocido la procedencia de la reparación de daño moral en los supuestos de cláusulas abusivas, envío del resumen a un lugar que no es el denunciado, exigencia del pago total en los supuestos de impugnación de los consumos del resumen de cuenta, rechazo e inhabilitación injustificada de la tarjeta sin notificación al usuario e inclusión errónea como deudor moroso en la base de datos del Banco Central.... "(13).

Sin embargo, la referida tendencia no implica que las normas protectorias de usuarios y consumidores sean utilizadas como subterfugio legal para justificar el incumplimiento de obligaciones válidamente asumidas por los clientes bancarios. De hecho, se sentenció que "corresponde desestimar la demanda incoada con el objeto de que se indemnice al actor el daño moral padecido a raíz de las gestiones que deben realizar con el objeto de que se le reconozca que no efectuó ciertos consumos con su tarjeta de crédito, si únicamente se encuentra acreditado que efectuó dos llamadas telefónicas, presentó una nota y fue recibido por una persona dependiente del sector fraudes de la empresa proveedora de la tarjeta de crédito, luego de la cual dicha entidad realizó la investigación correspondiente y solucionó el reclamo"(14).

De allí que la temática subexamine presente aristas tan disímiles que permita diferentes análisis. Las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales presentan tendencias claras en relación al reconocimiento de la aplicación de la normativa consumeril a los contratos bancarios, sobre todo a la cuenta corriente y al sistema de tarjetas de crédito. Sin embargo, la búsqueda del

equilibrio debe ser, a mi entender, constante. Como tuve la oportunidad de afirmar: "ni responsabilidad bancaria inexistente, ni actividad de usuarios y consumidores que utilicen una normativa beneficiosa para ellos como medio de sustraerse a su propia responsabilidad"(15).

Señalamos, empero, el grado de conflictividad que presenta la materia. En un reporte periodístico se informa que, ante el organismo competente en materia de Defensa del Consumidor en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, durante 2017, "(de enero a julio inclusive) esa actividad -denuncia contra entidades bancarias- acumula 1577 quejas formales y, por primera vez, supera a la telefonía celular. El 72% de estas denuncias son por inconvenientes con las tarjetas de crédito y débito, ya sea por sobrefacturación y cobro de servicios no contratados, la imputación de una deuda inexistente, la imposibilidad de dar de baja la tarjeta u otros problemas. Este tipo de reclamos tuvo su pico en 2016, con un total de 1687 denuncias (un 101% más que en 2012)"(16).

Ello amerita un análisis cuidadoso de cuestiones que tienen honda repercusión social. La tarea judicial y de los organismos públicos competentes en la materia consumeril en las distintas jurisdicciones resulta ingente y esa tendencia parece no modificarse hacia el futuro.

Notas al pie:

1) Capel. Cont y Tributario Ciudad de Bs. As., Sala I, "Banco Bansud c/ Ciudad de Buenos Aires", DJ. 2005-2, 952.

2) Por todos, PERES, Lucas - AYERRA, Eduardo, (Hacia un derecho mercantil tuitivo?. Revisión de la cuenta corriente bancaria y otras cuestiones, LL. 2005-E-1404 y ss.

3) BARBIERI, Pablo C., Cuenta Corriente Bancaria y Cheque, 20XII Grupo Editorial, Bs. As., 2017, pág. 21.

4) Puede verse su versión actualizada en <http://www.bcra.gob.ar/Pdfs/Textord/t-pusf.pdf>

5) CSJN, 24/6/2014, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA. s/ Ordinario", LLOnline AR/JUR/27334/2014.

6) CNCom, Sala "F", 9/3/2010, "Banco Itaú Argentina SA. c/ Bouchet, Rubén Walter", LLOnline, AR/JUR/5294/2010

7) CNCom, Sala "A", 27/12/2012, "Buquet, Ricardo A. c/ H.S.B.C. Argentina SA. s/ Ordinario", LLOnline, AR/JUR/77619/2012.

8) CNCom, Sala "C", 5/6/2012, "R., M.A. c/ BBVA Banco Francés SA.", LLOnline AR/JUR/38163/2012.

9) BARBIERI, Pablo C., Cuenta corriente...., cit., pág. 102.

10) Capel.Cont. Adm. Federal, Sala II, 28/2/2000, "Lloyds Bank Ltd. c/ S.C.", LL. 2001-A-479

11) CNCom, Sala "F", 24/11/2016, "Banco Santander Río SA. c/ Mendieta, Irigoyen, Renzo E. s/ Ejecutivo". Puede verse su texto completo en www.saij.gob.ar, Id SAIJ: FA16130001; fecha de consulta: 20/12/2016.

12) CNCom, Sala "C", 9/10/2012, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco Industrial SA. s/ sumarísimo", LLOnline, AR/JUR/62841/2012.

13) RITTO, Graciela, Sistema de Defensa del consumidor, 20XII Grupo Editorial, Bs. As., 2016, pág. 173 y copiosa jurisprudencia allí citada.

14) CNCom, Sala "C", 22/12/2009, "Soriano, Mario J. c/ American Express Argentina SA.", LLOnline, AR/JUR/64505/2009.

15) BARBIERI, Pablo C., Cuenta corriente...., cit., pág. 222.

16) Diario La Nación, 4/9/2017, informe de Valeria Muse, La telefonía móvil y los bancos se mantienen al tope de los reclamos desde hace cinco años. Puede verse la versión on line, en <http://www.lanacion.com.ar/2059400-la-telefonía-movil-y-los-bancos-se-mantienen-al-tope-de-los-reclamos-desde-hace-cinco-anos>

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 1 DE NOVIEMBRE DE 2017
:
Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.984, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.988, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1093, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1117, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1384, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1406, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1414, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1716, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1725, Ley 340 Art.1109, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.5, Ley 24.240 Art.36, Ley 24.240 Art.37, Ley 24.240 Art.54, LEY 25065 Art.14

Acerca de la Constitucionalidad del daño punitivo o multa civil en el derecho del consumo argentino

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 18 DE OCTUBRE DE 2017

TEMA

DAÑO PUNITIVO-CONSTITUCIONALIDAD-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Resumen. En el fallo en comentario -dividido en opiniones- se cuestiona la constitucionalidad del daño punitivo -o multa civil- tal como está configurado en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, en lo pertinente al destino de los fondos respectivos. Estas breves reflexiones razonan en apoyo del voto mayoritario, adosando argumentos propios a favor de la validez constitucional de la norma aludida.

1. Abordo en el presente un aspecto referido al denominado "daño punitivo" o "multa civil" -art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor, n° 24.240- y mod. (LDC)-, no tratado en un comentario anterior (1) sobre el fallo del 27/07/2017, de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común del Centro Judicial de la Capital, Pcia. de Tucumán, 'in re' "ESTEBAN, NOELIA ESTEFANÍA C/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A.G. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"; me refiero nada menos que a la posible 'inconstitucionalidad' de la norma aludida.

2. En efecto; en los autos mencionados, el voto del juez preopinante planteó la inconstitucionalidad de la figura aludida en lo que respecta al 'destino de la multa', en el sentido que: 1) 'la "multa civil" no debe tener un destino de interés privado, como el patrimonio del consumidor -o de la víctima-, sino uno de bien, utilidad o interés público', aduciendo el "destino público de las sanciones" y, 2) el presunto "enriquecimiento sin causa" del consumidor/usuario favorecido por la multa, con "afectación del derecho constitucional de propiedad".

3. Sustenta el magistrado aludido el "destino público de las sanciones", citando a KELSEN; ahora bien, este autor, en la 2ª Edición de su "Reine Rechtslehre", de 1960 -trad. directa del 'alemán', por Roberto Vernengo, UNAM, 1982-, tras sostener que el derecho es un 'orden coactivo', "que estatuye actos de coacción", entre las que destaca las 'sanciones', en tanto "actos de coacción estatuidos como reacción contra una acción u omisión, determinada por el orden jurídico", divide a éstas en sanciones 'penales' (penas en sentido estricto) y 'civiles' (actos de ejecución forzosa de bienes), y las distingue según el destino que se establezca respecto de las respectivas sumas de dinero objeto de condena: en las sanciones penales, el valor patrimonial obtenido coactivamente 'pasa a un fondo público' (del Estado o de la comunidad); en las civiles, el dinero 'pasa al damnificado' como reparación de los daños sufridos (loc cit.) (2); no obstante, debe decirse sobre este particular que: a) KELSEN, en tanto jurista, emplea un lenguaje meramente 'informativo', siendo que la ciencia jurídica -de la cual el maestro austríaco fuera eximio cultor, por cierto- "describe" su objeto (sistemas y normas jurídicas); en consecuencia, que usualmente, en distintos sistemas positivos el monto de la multa penal -o administrativa- "pase a un fondo público" y no al bolsillo del damnificado, no implica que "necesariamente" -en términos jurídicos, claro está- "deba ser" así; b) por otra parte, dicho autor no hace referencia alguna a los denominados "punitive damages" (daño punitivo) del sistema anglo-americano, lo que autoriza a inferir que este tipo de multa estaría comprendida, en el pensamiento de este jurista, dentro de las sanciones de índole 'civil', como medio -adicional- de reparación de los perjuicios ocasionados a la víctima estando a ella destinados los fondos respectivos (3).

4. Entiende el juez preopinante, asimismo, que "el destino privado de la

multa, con el consiguiente enriquecimiento sin causa de la víctima, al carecer de una causa ético-jurídica -como lo es el interés público de la sanción- que justifique el empobrecimiento del sancionado, indudablemente afecta el derecho de propiedad de este último garantizado constitucionalmente, al permitir una infundada e irrazonable disminución de su patrimonio, violentando el derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de la Constitución Nacional"; y, efectuando algunas consideraciones acerca de la facultad judicial de declarar una "inconstitucionalidad de oficio", decide en tal sentido que, 'teniendo particularmente en cuenta la falta de causa de la atribución patrimonial establecida por la ley, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la Ley N° 24.240, sólo en cuanto establece que el destino de la multa civil sea exclusivamente "a favor del consumidor" '; en consecuencia, propone destinar, en concepto de multa civil, una fuerte suma como destino de bien público a la Sociedad de Beneficencia de Tucumán, y un 10% de ese monto a favor de la "consumidora damnificada", "a modo de incentivo a la denuncia de hechos desaprensivos, indignantes, recalcitrantes y antisociales -en lo cual se encuentra comprometido el interés público-, y también como compensación por la actividad procesal desplegada por la parte actora para su demostración" (4). Ahora bien, el autor citado en el voto en comentario -HANS KELSEN- entiende la 'inconstitucionalidad' como un "conflicto entre norma superior y norma inferior", consistiendo en "una discrepancia entre ley y constitución", ya que "la ley...no se ajusta a la Constitución" (5); y agrega que "si la Constitución prescribe la observación de determinado procedimiento para la elaboración de las leyes y establece también ciertas reglas en relación con el contenido de los presupuestos legales, debe prever la posibilidad de que, algunas veces, el legislador no siga tales prescripciones" (loc. cit.). Por cierto que, en nuestro medio, la Constitución Nacional es Ley Suprema ("norma superior") a la que la ley ordinaria ("norma inferior") se halla subordinada; ello así, no sólo sobre la base de lo prescripto en su art. 31 -siempre y cuando se entienda que el mismo establece un enunciado 'cardinal' o 'jerárquico'- sino, en particular, conforme a lo establecido en el art. 30 de la misma, de momento que en éste se prevé el mecanismo 'más exigente' para poder proceder a la reforma del texto constitucional (6); a su turno, el art. 28, Cons. Nac., veda expresamente al legislador 'alterar' "los principios, derechos y garantías reconocidos" en el texto supremo (7). Es del caso preguntarse, entonces, si la norma del art. 52 bis, LDC, en lo pertinente, entra en conflicto o discrepa con al texto constitucional, o no se ajusta a él -art. 17, cit.; ello respecto del contenido de dicha disposición y en lo específico del voto de Cámara en comentario ya que, desde el punto de vista procedimental nos encontramos ante una norma legal perfectamente válida. Veamos.

5. En principio, conviene recordar que, en sede administrativa, la LDC asigna "el monto percibido en concepto de multas y otras penalidades impuestas por la autoridad de aplicación" al erario público, con parcial referencia a "un fondo especial" del ámbito consumeril (LDC, art. 47); he dicho, con anterioridad que "creo adecuado atender a la 'diversidad de destinos' que indica la normativa consumataria y, en consecuencia, he propuesto 'acentuar la mira en aquellas circunstancias que, en cada supuesto legal, afecten predominantemente a alguno de los dos aspectos que motivan la aplicación de las multas respectivas. Así, para el caso de aplicación de sanciones administrativas, deberá atenderse, primordialmente, a aquellas circunstancias condicionantes de la graduación de la multa, centradas en la actitud del proveedor y en los efectos que la infracción produzca o pueda producir 'sobre la comunidad' derivados de "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 otros similares (art. 49, LDC, cit.). A su turno, tratándose del daño punitivo, la mira del juzgador debería centrarse en las circunstancias de la infracción cometida 'que afectaren directamente al consumidor en particular', sobre la base del criterio de 'reprochabilidad personal' de la conducta del proveedor respecto del sujeto tutelado' (consumidor/usuario) (8); pero, además, el propio voto mayoritario del fallo de Cámara en comentario, aporta argumentos válidos que avalan la asignación del importe de la multa a favor del consumidor, destacándose los siguientes: a) se trata de "una relación de consumo que excede el ámbito de las relaciones como tradicionalmente fueran concebidas...que ... no vincula a sujetos en pie

de igualdad, con absoluta libertad de negociación y contratación, sino que el consumidor se encuentra en una posición de inferioridad, de vulnerabilidad ante la actuación de grandes bloques económicos"; b) "la finalidad proteccionista de la L.D.C. no se agota en la reparación de los daños individuales, sino que busca completar el régimen de la responsabilidad civil incorporando normas de tinte sancionatorio y disuasivo de aquellos actos que lesionan el interés comunitario y que deben ser reprochados por el derecho"; c) "en la sociedad actual es imprescindible desalentar aquellas conductas que pueden virtualmente dañar a la sociedad en su conjunto o a una vasta pluralidad de individuos, como es el caso del consumo, otorgando un plus a quien denuncia y persigue judicialmente tales actos... (se trata de conceder) un incentivo necesario para que los individuos persigan conductas reprochables que evidencian un desprecio por los derechos de terceros"; d) "para la aplicación de la multa civil... no basta un simple daño, sino que debe tratarse de un daño -o su posibilidad- que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional exija una sanción ejemplar"; e) "dentro de este sistema no se necesita daño resarcible para aplicar multa civil... nada impide que el consumidor accione para pedir solo la aplicación de la sanción, cuando existió un peligro concreto para su salud o la de terceros"; f) Una solución contraria, tornaría improbable que un afectado demande en supuestos como el de autos, donde por no existir un daño concreto o los mismos resulten insignificantes, no corresponda indemnización o la misma sea de escaso monto (en la especie, el a quo condenó al demandado a pagar la suma de \$ 8 por daño patrimonial); g) quienes sostienen que con el destino privado de la multa se enriquece a la víctima rompiendo con el sistema de responsabilidad civil pierden de vista el beneficio que para la sociedad en su conjunto tiene la persecución de este tipo de conductas que sanciona el instituto". Es posible arrimar algunos comentarios a esta línea de argumentación. Veamos.

6. A) Acerca del vínculo 'asimétrico' que pone en inferioridad de condiciones al consumidor/usuario frente al proveedor/prestador, he manifestado con anterioridad que 'el principio favor debilis tiende a la protección de aquél a quien se considera "parte débil" en una relación o situación jurídica... En el caso particular del consumidor o usuario... la economía general de la normativa que le está especialmente destinada, tiende a su defensa, a través de la compensación equilibradora de su posición en desventaja dentro de la estructura de consumo, respecto de los integrantes de la cadena de provisión'; se trata de que "la acción normativa estatal, debe procurar, en primer término, el establecimiento de un cierto equilibrio jurídico entre los actores sociales intervinientes" siendo que el consumidor y el usuario 'en tanto parte "débil" de relaciones que, de otro modo, verificarían un "sobrepeso" indebido e injusto a favor de la parte "fuerte" respectiva' (9); dentro de este marco tuitivo se inserta la figura del daño punitivo, con características adecuadas al régimen al que accede: " se incorpora un instituto proveniente de otro sistema jurídico, integrándolo a un régimen legal ya vigente en la República con cierta configuración regulatoria propia" (10). B) Por cierto que el régimen de responsabilidad civil que compete al derecho del consumo atiende al efecto 'expansivo' que puede derivarse de las acciones u omisiones de los integrantes de la denominada "cadena o red de provisión", en la medida en que tales conductas - contractuales o extracontractuales (art. 52 bis, LDC, cit.)- amplifican sus alcances en términos de responsabilidad 'social'; en estos términos, esas "normas de tinte sancionatorio y disuasivo" aludidas en el voto mayoritario del sub-examen, pueden cumplir su función 'independientemente del destino final del producto monetario de las multas impuestas'; C) El voto en comentario, a la par de referirse, genéricamente, a la responsabilidad 'social' del empresario recién aludida, sugiere una finalidad 'preventiva' (11) en la aplicación del daño punitivo, al que justifica en tanto estímulo para denunciar y perseguir judicialmente al infractor, mediante la concesión de un "plus" económico 'en su favor'; D) El fallo -tanto el voto en minoría, como el de la mayoría- restringe los requisitos para la 'configuración' de la multa civil de la norma consumataria invocada, a acciones del proveedor/prestador, cuyas consecuencias, "por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional exija una sanción ejemplar", remitiendo, con ello, a conductas reprochables que evidencian un desprecio por los derechos de terceros" -en este sentido, el voto de la minoría se refería a "actos desaprensivos, indignantes o antisociales (outrageous conduct)"-.

Puede verse nuestra crítica sobre este particular en: "Configuración del "daño punitivo" o "multa civil"...", cit.; E) El daño punitivo tiene carácter 'extraordinario' que, si bien se impone en un determinado proceso principal - por eso es 'accesorio' a éste- es independiente de las indemnizaciones que correspondan (12); en consecuencia -tal como ocurre con el daño extrapatrimonial (moral, espiritual) respecto del patrimonial (material, psico - físico), el requerimiento de su imposición no depende de que, paralelamente, se peticione u obtenga la reparación de perjuicios sufridos por el consumidor; F) "Donde no hay interés, no hay acción"; este principio jurídico-procesal también opera en el ámbito psico-social. Nótese que, en sede administrativa, al trámite que puede iniciarse "por denuncia de quien invocare un interés particular", art. 45, LDC, que puede desembocar en las sanciones del art. 47, ley, cit., se le añadió oportunamente - vía Ley n° 26.361- la posibilidad de reclamar por 'daño directo', art. 40 bis, LDC, -con los nuevos condicionamientos introducidos por la reforma mediante Ley n° 26.994 - (13); G) Respecto del supuesto "enriquecimiento sin causa" del consumidor alegado en el voto minoritario, conviene apuntar que: 1) este tipo de enriquecimiento está referido a una falta de causa 'lícita' (Cód. Civ. y Com., art. 1794), de modo que, si el supuesto enriquecimiento surge de la aplicación de una disposición 'legal' -en este caso, el citado art. 52 bis, LDC- no procede, en principio, reproche alguno; ello así tratándose de un "principio general del derecho por el cual nadie puede enriquecerse a expensas del patrimonio de otro, sin ningún motivo legítimo" (14); 2) claro está que, si media un acuse de 'inconstitucionalidad' de la norma legal de la que derivaría dicho "enriquecimiento", deberá demostrarse, acabadamente, cuál norma constitucional -y de qué modo- se ve vulnerada por la aplicación de aquella disposición, en el caso sub-examen; como se vio 'supra', el voto de la minoría se refiere al "derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de la Constitución Nacional", cuya vulneración derivaría en el "empobrecimiento" -sin causa- del proveedor sancionado; para el voto mayoritario, según parece, dicho empobrecimiento se vería justificado por "el beneficio que para la sociedad en su conjunto tiene la persecución de este tipo de conductas que sanciona el instituto". Ahora bien, en este caso en particular, siendo que los tres magistrados intervinientes sostienen la necesidad de que, para que resulte aplicable el daño punitivo -o multa civil- que prevé la norma consumeril invocada, la conducta del proveedor debe ser, con carácter constitutivo, de una entidad tal que implique desaprensión, indignidad, etc. (circunstancias que el fallo en comentario considera 'integradas' a la norma aludida), en el actuar de aquél respecto del consumidor, no se ve cómo puede afirmarse, al mismo tiempo, que, de sancionarse punitivamente al autor -por acción u omisión- de tales hechos, se produciría un "enriquecimiento sin causa" del sujeto tutelado por el derecho del consumo y, con ello, tachar de inconstitucional la disposición legal respectiva, sobre el punto en cuestión; en tal línea de razonamiento hay una evidente 'contradictio in terminis', pues si tales conductas merecen el reproche legal, el consiguiente "enriquecimiento" del destinatario del monto fijado en concepto de daño punitivo, está justificado en derecho y, con ello, no hay "empobrecimiento" injustificado del proveedor sancionado.

7. Con relación al último punto abordado en el apartado anterior, me he manifestado con anterioridad (15) en el sentido que, tal como está configurado el daño punitivo en la ley argentina, el mero incumplimiento del proveedor habilita al juez a imponer la multa civil del art. 52 bis, LDC, pudiendo éste aplicar la sanción -graduándola conforme a las circunstancias que acompañan la actuación del proveedor-, o prescindir de su aplicación -si la falta no presenta características significativas que lo ameriten-; de modo que es el juzgador quien, haciendo uso de la potestad que le confiere la ley y ponderando las circunstancias de la conducta del proveedor, decidirá si éste merece, o no, sufrir la sanción pecuniaria dispuesta en la norma citada y, en su caso, en qué medida; y si el proveedor es merecedor de punición, entonces, no hay empobrecimiento "sin causa" de su parte -entendiendo por tal una mengua "injustificada" en el activo o haber de su patrimonio-, siendo indiferente, en este aspecto, el destino de la suma que deba aquél oblar, en concepto de la multa que se le imponga; en este sentido, no se ve de qué modo se vería afectado su derecho de propiedad, en los términos del art. 17, Cons. Nac. y, con ello, la constitucionalidad de la norma consumerista en cuestión.

8. Como corolario, se señala en el voto en mayoría que "nuestra legislación

ha definido la cuestión a favor del damnificado, solución que puede ser cuestionable o con la que puede no coincidir, pero que no se presenta como incompatible con los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional".

9. (Digresión final. El fallo en comentario rechaza la pretensión del consumidor de que se le indemnice el daño moral que dice haber sufrido, a raíz de "haberse encontrado en una botella cerrada de bebida gaseosa marca Seven Up de 1,25 litro una pila alcalina Eveready AAA" sosteniendo que no se advierte que tal circunstancia fáctica "tenga entidad suficiente como para producir una alteración anímica, que llegue a constituir un agravio moral susceptible de ser indemnizado, más allá de las molestias propias de cualquier reclamo por un producto defectuoso". Sobre este particular, por razones similares, me he manifestado críticamente con anterioridad (16), lugar al que, 'brevitatis causae', remito.).

Notas al pie:.

1) CONDOMI, ALFREDO MARIO; "Configuración del "daño punitivo" o "multa civil" en el derecho del consumo en Argentina: lo que el legislador no dijo no es leyoo; www.saij.gob.ar, 4/10/2017.

2) En cambio, no es clara la diferencia de ambos tipos de sanción sobre la base de la "finalidad" de cada medida (retribución/reparación, prevención general, prevención especial; KELSEN, op. cit. en el texto; sobre estos aspectos, puede consultarse: CONDOMI, ALFREDO MARIO, "Legitimación social del derecho penal en tanto "última ratio" del ordenamiento jurídico; www.saij.gob.ar Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA , 4/9/2017).

3) Nótese que, aun aquellas definiciones de los "punitive damages" (daño punitivo o multa civil, en nuestra terminología legal) que hacen hincapié en el aspecto "sancionador" de este instituto jurídico, no soslayan la posibilidad de que su aplicación obedezca a un plus "resarcitorio" a favor de la víctima; en efecto, leemos: 'punitive damages' "are awarded to punish the defendant, not to compensate the plaintiff. A court may also award punitive damages if it believes that the plaintiff was not properly compensated by the actual damages..." ("What are punitive damages?", <http://www.rotlaw.com>); esto es: "los daños punitivos son determinados para sancionar al demandado, no para compensar al actor. El juez puede incluso fijar daños punitivos si cree que el actor no fue compensado apropiadamente por la indemnización de los perjuicios...".

4) Respecto del pretendido -y no compartido- carácter 'constitutivo' de dichos "hechos desaprensivos, indignantes, recalcitrantes y antisociales" -en el sentido de requisitos o presupuestos de la imposición del daño punitivo-, y no meramente 'calificativos' -al solo efecto de la graduación de la multa-, véase el artículo citado 'supra', nota 1.

5) KELSEN, H., "Teoría General del Derecho y del Estado" -trad. Eduardo García Maynez-; Imprenta Universitaria, México, 1950.

6) El 'principio de supremacía constitucional' -como integrante de un 'grupo normativo básico ("alfa")', puede enunciarse así: "la Constitución Nacional es Ley Suprema de la Nación Argentina, por lo que el resto de la normativa de la República debe ajustarse a ella" (CONDOMI, ALFREDO MARIO, "Jurística -Ingreso a la epistemología jurídica-"; inédito.

7) El 'principio de reglamentación' puede enunciarse como sigue: "la normativa constitucional no puede ser alterada por normativa infraconstitucional (complementaria), bajo amenaza de sanción (inconstitucionalidad)". Idem nota anterior.

8) CONDOMI, ALFREDO MARIO, "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Decimoséptima Parte (El "daño punitivo")"; 2016; www.saij.gob.ar; Id; SAIJ: DACF160392.

9) "Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -primeras aproximaciones", 20/10/2011; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF110174.

10) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; 'Configuración del "daño punitivo" o "multa civil"...', cit.

11) Sobre las finalidades atribuidas a las sanciones jurídicas (en particular, la pena), puede consultarse: CONDOMI, ALFREDO MARIO, "Legitimación social del derecho penal en tanto "última ratio" del ordenamiento jurídico",

4/09/2017; www.saij.gob.ar; Id SAIJ: DACF170376.

12) CONDOMÍ, A.M.; 'Configuración del "daño punitivo" o "multa civil"...', cit.

13) Nótese que, como se dijo 'supra', nota 3, en el sistema jurídico de origen, los 'punitive damages', pueden concederse incluso cuando el juez "cree que el actor no fue compensado apropiadamente por la indemnización de los perjuicios...".

14) CIVITATE, EDUARDO; "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo IV; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015.

15) (Configuración del "daño punitivo" o "multa civil"...', cit.

16) Ver mi: "Cuestionable criterio jurisprudencial en un caso de derecho del consumo", 5/7/2017; www.saij.gob.ar.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 18 DE OCTUBRE DE 2017

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1794, Constitución Nacional Art.17, Constitución Nacional Art.28, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.45, Ley 24.240 Art.47, Ley 24.240 Art.49, Ley 24.240 Art.52 Bis , LEY 26.361, Ley 26.994*

Ref. Jurisprudenciales: "Esteban, Noelia Estefanía c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/ daños y perjuicios", 27/07/2017, C. en lo C.C.C. San Miguel de Tucumán

Configuración del "daño punitivo" o "multa civil" en el derecho del consumo en Argentina: lo que el legislador no dijo no es ley

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.sajj.gob.ar, 4 DE OCTUBRE DE 2017

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DAÑO PUNITIVO

TEXTO

Resumen. El daño punitivo -o multa civil- que prevé la Ley de Defensa del Consumidor, sigue siendo motivo de controversias al momento de su aplicación en juicio. Este trabajo reflexiona sobre ciertas cuestiones tratadas en un caso jurisprudencial objeto de comentario en el presente, relativas al nombre, presupuestos y requisitos de aplicación, y determinación del 'quantum' de la figura legal aludida.

1. En trabajos anteriores (1) me he ocupado del "daño punitivo" o "multa civil" en el régimen tutelar del consumo en la legislación nacional. Sin perjuicio de ello, creo conveniente reseñar las características básicas que configuran este instituto jurídico en la Ley de Defensa del Consumidor, n° 24.240 y mod. -en adelante LDC-, art. 52 bis, a saber: 1) se trata de un mecanismo de agresión patrimonial monetario respecto del proveedor; 2) por sus incumplimientos de obligaciones legales o contractuales; 3) a instancias del consumidor; 4) a favor de éste; 5) de imposición potestativa para el juez; 6) de carácter extraordinario (independientemente de la indemnización que corresponda) y accesorio (determinado en un proceso principal); 7) graduable conforme a las circunstancias del caso" (2).

2. En el reciente fallo del 27/07/2017, de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común del Centro Judicial de la Capital, Pcia. de Tucumán, en los autos caratulados "ESTEBAN, NOELIA ESTEFANÍA C/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A.G. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", se tematizan aspectos centrales del 'daño punitivo' o 'multa civil' que prevé la norma legal aludida en el apartado anterior, sancionando a la demandada en tal concepto; sobre este particular, los integrantes del tribunal se pronuncian de conformidad. El magistrado que emite el primer voto -al que adhieren los jueces restantes-, en cuanto a la 'terminología' del instituto referido, prefiere hablar de "multa civil por actos desaprensivos, indignantes o antisociales" ('outrageous conduct' en el sistema anglo-americano (3)), en lugar de "daño punitivo" ('punitive damages') como indica, alternativamente, la LDC, ya que así -sostiene el voto-, aquella expresión "permite determinar con exactitud su especie y naturaleza dentro del género sanción, al cual pertenece". En cuanto a los 'presupuestos de aplicación' de la multa, frente a una interpretación "amplia" de la norma -que el juez pre-opinante considera una interpretación "gramatical" que implicaría un "despropósito jurídico"- se propone una hermenéutica 'integradora y virtuosa' -que, no obstante, denominaré "restringida", ya que acota sensiblemente el ámbito de aplicación de la norma referida, en la medida en que exige que "la conducta del proveedor debe ser indignante, recalcitrante, desaprensiva o antisocial (outrageous conduct)" para que proceda la sanción-, sostiene, el magistrado, invocando a KELSEN que, en la amplitud del texto legal se da una "laguna técnica", esto es, "una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco" (4); y agrega el camarista que "En este sentido, el "podrá" empleado en el artículo lo convierte en una norma de tipo abierto que, por tal circunstancia, autoriza al juez a integrarla con los presupuestos mínimos que hacen a la figura jurídica en cuestión. Así resulta del juego armónico de los arts. 2 y 3 del CCCN ante la manifiesta "insuficiencia" legal"; concluyendo, por ello, en que "no basta con el mero

incumplimiento legal o contractual para que sean aplicables los daños punitivos o multa civil...sino que se requiere la concurrencia de un elemento objetivo y de otro subjetivo". El 'requisito objetivo' consistiría, para el magistrado, en "un daño o su posibilidad que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional exija una sanción ejemplar"; el 'subjetivo', en una "conducta del proveedor...indignante, recalcitrante, desaprensiva o antisocial (outrageous conduct)" (5). En el caso particular, el "elemento objetivo" consistió en "haberse encontrado en una botella cerrada de bebida gaseosa marca Seven Up de 1,25 litro una pila alcalina Eveready AAA"-, encuadrando así en un "Riesgo masivo para la salud e integridad psicofísica de los consumidores"; en cuanto al "elemento subjetivo", señala el voto en comentario que "consiste en la desaprensión o desinterés en el proceso de elaboración y embotellamiento de sus productos" que "insólitamente ha permitido que, de un modo reiterado (6) y hasta cierto punto recalcitrante...se encontrara en distintos productos que envasa y comercializa elementos...variados y extraños" (en el caso, una pila alcalina), constituyendo "culpa grave... negligencia grave y culpable" del proveedor"; sin perjuicio de que el juzgador se manifiesta partidario del 'criterio de tolerancia cero' ya que, en supuestos como el sub-examen (de "riesgo masivo"), "la valoración de la conducta del proveedor o empresario no admite tolerancia, pues, la importancia de los bienes e intereses comprometidos no deja margen para el más mínimo error" (7). A efectos de la 'graduación de la multa', se toman en cuenta, en el fallo: a)"la envergadura e importancia de la empresa demandada"; b) "la potencialidad contaminante" del objeto hallado en el envase de la gaseosa; c)"el posicionamiento en el mercado de los productos" del proveedor; d)"la finalidad disuasiva y preventiva de la multa".

3. Es posible efectuar algunas observaciones a las razones esgrimidas en los considerandos comentados en el apartado anterior.

A) Así, acerca de la 'terminología' empleada en el art. 52 bis, LDC, cit. ("daño punitivo", "multa civil"), he manifestado, con anterioridad, que 'el "nomen juris" asignado por el legislador a un instituto determinado, no implica, necesariamente, que éste -por esa sola circunstancia- quede sujeto a una 'disciplina jurídica' "típica", ya que es esta regulación específica -si es que la tiene- la que opera -según sus efectos normativos-, más allá de la nomenclatura legal asignada' (8); de este modo, aun reconociendo las características propias de los "punitive damages" en el sistema jurídico de origen ("common law") -más allá del "nomen iuris" adoptado, como opción, por el legislador argentino- lo que nos interesa es el concreto régimen normativo a que ha sido sometida en el mismo la sanción referida. Téngase presente, además, que "el instituto en comentario se inserta en el marco de un régimen jurídico de características peculiares, que dan fisonomía propia al derecho del consumo, derecho 'humano, social, y de orden público'. En consecuencia, el operador de turno ha de enfocar su objeto de estudio bajo la luz que emiten las notas características de la materia respectiva" (9), interpretando y aplicándolo conforme a los principios y en los términos configurados en el régimen tutelar argentino al que accede: el "nomen iuris" asignado, pues, es secundario, como también pueden serlo las características propias, en su sistema de origen, del instituto así "importado"; porque no hay aquí una cuestión de derecho internacional privado, ya que no se trata de la aplicación de una ley foránea, sino de una norma de derecho interno que, en todo caso, incorpora un instituto proveniente de otro sistema jurídico, integrándolo a un régimen legal ya vigente en la República con cierta configuración regulatoria propia, según se indica.

B) Como se dijo, asimismo, el voto en comentario invoca a KELSEN, en cuanto a que la norma consumerista citada constituye una "laguna técnica", es decir, una "laguna lógica", que implicaría una "manifiesta insuficiencia legal", esto es, una "norma de tipo abierto", ante la cual el juez está autorizado (ya que la disposición legal dice "podrá") a "integrarla con los presupuestos mínimos que hacen a la figura jurídica en cuestión". A este respecto, cabe acotar que: a) liminarmente, en la primera edición de la 'teoría pura', que cita el magistrado, KELSEN parece no admitir la existencia de lagunas jurídicas (10), salvo aquellas "verdaderas lagunas técnicas...admitidas por el legislador", en principio, 'explícitamente' (11); b) respecto de las denominadas lagunas "lógicas" advierte, el iusfilósofo citado, que se trataría de supuestos en que se da "la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto

porque ninguna norma jurídica indica la conducta debida" (12); ciertamente, no es éste al caso previsto en el art. 52 bis, LDC, cit., que se refiere, explícitamente "al proveedor que 'no cumpla' sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor", es decir, en principio, a 'cualquier supuesto de incumplimiento' del proveedor: se trata de un enunciado jurídico concreto, que regula expresamente las conductas debidas; c) menciona KELSEN, como un supuesto de laguna "técnica", aquel que "resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho 'deseado'"; esta última expresión parece referirse a una laguna 'axiológica', o a aquel derecho "preferido" 'por el propio legislador', esto es, en todo caso, una divergencia entre la voluntad expresada en la norma y la "realmente" existente en el espíritu de aquél al emitirla.; d) queda remanente, en esta línea de argumentación, el supuesto de "indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco", de modo que "corresponde...a una norma de un grado inferior (la resolución judicial) la determinación" adecuada (13).

4. Ahora bien; se sabe que, al citar un autor determinado, corresponde siempre consultar el último pensamiento que éste haya manifestado sobre un mismo tema; así, respecto de las denominadas "lagunas jurídicas", en la 'segunda' edición de su "Reine Rechtslehre", de 1960 (trad. directa del 'alemán', por Roberto Vernengo -UNAM, 1982-), KELSEN se refiere al "caso que, con todo, es interpretado por la jurisprudencia tradicional -en determinadas circunstancias- como una 'laguna' en el orden jurídico" en el sentido de que "el derecho válido no es aplicable en un caso concreto, cuando ninguna norma jurídica general se refiere a ese caso. De ahí que el tribunal tenga, para resolver el caso, que colmar la laguna mediante la producción de la norma jurídica correspondiente", ya que, según sostiene la teoría de las lagunas, en el pasaje de "lo general a lo particular" -la norma individual-, "falta la premisa necesaria, la norma general" (loc. cit.). Como dije en el apartado anterior, no es éste el supuesto de autos, ya que el art. 52, LDC, cit., regula explícitamente la situación antecedente (incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales por parte del proveedor) y la solución prevista (sanción punitiva); se trata de una genuina norma general "completa", "premisa necesaria" -en términos de KELSEN- en el silogismo judicial que concluye en la norma 'individual' que dicta el juez; en estos términos, el agregado de requisitos no previstos en la disposición legal aludida -tales como que "la conducta del proveedor debe ser indignante, recalcitrante, desaprensiva o antisocial (outrageous conduct)"- a efectos de la aplicación de la multa civil, implica el dictado de una 'nueva' norma general que no llena vacío legal alguno sino que, antes bien, 'reemplaza', lisa y llanamente, la descripción del marco fáctico condicionante de la norma tal como fue concebida por el legislador (14). En rigor, sostiene el iusfilósofo citado en el fallo en comentario, una tal "laguna" sólo sería admitida por el juzgador en el supuesto que éste estimara "indeseable desde un punto de vista jurídico político...inconveniente o injusta" "la aplicación lógicamente posible del derecho válido" (loc. cit.) -en nuestro caso, la norma consumataria invocada-. Incluso en la hipótesis de que el propio legislador autorice al juez a "llenar" ciertas lagunas no previstas o no previsibles, en caso que éste "considere insatisfactoria la aplicación del orden jurídico válido existente, y 'en especial, cuando considere insatisfactoria la aplicación de una norma jurídica general que imponga al demandado...una obligación que el demandante...afirma ha sido violada' " -"para la concepción intuitiva moral-política del tribunal pudiendo entonces resolver el caso según su propia apreciación"-, aun en esta hipótesis -reitero-, considera KELSEN que 'semejante formulación otorgaría al tribunal un poder evidentemente demasiado extenso'; esa "concepción intuitiva moral-política del tribunal" remite, en principio, a las denominadas "lagunas axiológicas" que se refieren 'infra'.

5. En efecto; una clasificación 'técnica' de las lagunas jurídicas se observa en la excelente obra analítica de ALCHOURRON y BULYGIN, "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales" (Editorial Astrea, 1993), en la que se distingue entre lagunas 'normativas' - referidas a casos 'genéricos' y de índole 'conceptual'-, y lagunas referidas a casos 'individuales', originadas en problemas 'empíricos' -lagunas de 'conocimiento'-, o 'empírico/conceptuales' (semánticos) -lagunas de 'reconocimiento'-, por un lado; y, por el otro, las denominadas lagunas 'axiológicas' que dependen, en último análisis, 'del criterio ('hipótesis de

relevancia') del operador/intérprete de turno' y, en todo caso, de meros "defectos axiológicos" (éticos, políticos). En estos términos, queda descartada la existencia de lagunas de conocimiento (referidas a propiedades "del hecho", que, en el caso sub examen, están claras), como de reconocimiento (referidas a "ambigüedades o vaguedad" del texto legal, inexistentes en la norma invocada); debe desecharse, asimismo, la existencia de lagunas "normativas", de momento que este caso individual se subsume dócilmente en lo dispuesto en el art. 52 bis., LDC, cit., ya que si, conforme a su texto, en principio, el mero incumplimiento de una obligación contractual o legal es susceptible de ser sancionado con multa civil, con mayor razón aun opera esa norma cuando el proveedor ha desarrollado, en su relación de consumo, una conducta calificada en los términos del voto de Cámara en comentario (15). En consecuencia, resta saber qué tipo de "vacío legal" pudo motivar al juez actuante a referirse a una supuesta "norma de tipo abierto" e "integrarla con los (por él denominados) presupuestos mínimos que hacen a la figura jurídica en cuestión" -el daño punitivo-; en este sentido, no se requiere mucho esfuerzo hermenéutico para determinar que consideraciones de tipo "ético-político" (extra-jurídicos, en suma) llevan al magistrado a razonar como lo hace; en efecto, si bien el juez preopinante en el fallo en comentario expresa que "una interpretación gramatical del art. 52 bis de la Ley N° 24.240 inevitablemente conduciría a un verdadero 'despropósito jurídico' ya que] de acuerdo con el texto sancionado, bastaría el mero incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, medie o no dolo o culpa del proveedor, haya o no un daño causado al consumidor, se haya enriquecido o no el proveedor como consecuencia del hecho, para que sea aplicable la multa", pretextando, así, razones de orden exclusivamente jurídico; en realidad, al no estar dichas circunstancias expuestas en la norma consumeril aludida, lo cierto es que el magistrado sustituye "su" criterio de índole 'político-social', al del propio legislador, ya que es éste y no el titular de la función jurisdiccional el facultado, constitucionalmente, a dar forma jurídico/legal a consideraciones extrajurídicas (éticas, políticas, económicas, etc.), previa deliberación en tanto órgano colegiado, emisor de normas generales (16). (Véase, asimismo, 'infra', apartado 8, 'in fine').

6. De lo que viene expuesto se desprende, entonces, que una cosa es ponderar, a efectos de fijar la 'graduación de la multa', "ciertos actos desaprensivos, indignantes o antisociales" ('outrageous conduct') del proveedor/prestador, y otra, distinta, es decidir que solamente cuando (es decir: 'si y sólo si') se dan esas circunstancias, queda configurada la conducta susceptible de ser sancionada con daño punitivo; ésta es la opción adoptada en el fallo de Cámara en comentario; por eso, la graduación de la multa, en el mismo, se fija "considerando especialmente: a) la envergadura e importancia de la empresa demandada); b) la potencialidad contaminante de una pila alcalina triple "A" -hallada en el envase de la bebida adquirida-; c) el posicionamiento en el mercado de los productos -marcas líderes-.; y d) la finalidad disuasiva y preventiva de la multa; pero no aquellos actos censurables, por no considerarlos factores calificativos a fin de fijar el 'quantum' de la multa, sino 'constitutivos', por sí mismos, de la figura respectiva,. Sobre este particular, he dicho antes de ahora que "la "gravedad del hecho" del proveedor, será 'una' de las circunstancias a tener en cuenta por el juzgador; de este modo, la multa se gradúa no sólo en función de la gravedad del caso, sino de otros factores atribuibles al comportamiento del proveedor, tales como mala fe, fraude, malicia, opresión, ultraje, violencia, lascivia, perversión, temeridad; estas circunstancias atienden a un criterio de 'reprochabilidad personal' de la conducta del proveedor' respecto del sujeto tutelado.

7. Entiende el juez preopinante -citando a KELSEN- que el art. 52 bis, LDC, cit., contiene una norma cuya indeterminación la convierte en "solamente un marco" -a llenar por el juzgador-, adunado a ello que el "podrá", empleado en el artículo, implica la existencia de una norma de tipo "abierto" que, por tal circunstancia, 'autoriza al juez a integrarla con los "presupuestos mínimos" que hacen a la figura jurídica en cuestión' (los que, como se indicó 'supra', conformarían una "conducta del proveedor que] debe ser indignante, recalcitrante, desaprensiva o antisocial (outrageous conduct)"; ello así, se sostiene, conforme a las pautas hermenéuticas de los arts. 2° y 3° del Código Civil y Comercial -CCC-, "ante la manifiesta 'insuficiencia' legal" de la

norma consumataria aludida. A este respecto, cabe señalar que: 1) los presupuestos "mínimos" de la figura aplicada están dados en la norma aludida por el 'mero incumplimiento' de las obligaciones consumeristas en cabeza del proveedor, no habiendo requerido el legislador ningún otro recaudo a tal fin; 2) aquellos presupuestos exigidos en el fallo en comentario, sólo responden a cuestiones de orden "ético-político", es decir, extra-jurídicos, en suma; 3) en tales términos, no existe "insuficiencia legal" alguna en la disposición de la LDC, cit., ni hay en ella "marco" alguno que llenar: el enunciado normativo referido resulta "autosuficiente"; 4) el "podrá", inserto en el artículo legal mencionado, implica la 'posibilidad legal' de que el juez imponga la sanción punitiva, pero no configura, en rigor, una real facultad 'excluyente' a su disposición, ya que lo que él decida sobre la aplicación de la multa que instare el consumidor resulta, en principio, recurrible -pues dicha posibilidad legal no puede ejercerse arbitrariamente- y, el recurso respectivo podrá versar sobre el incumplimiento mismo del proveedor o bien sobre el monto del daño punitivo sancionado, no siendo necesario que se haya causado daño alguno, material o inmaterial, al consumidor, para que proceda la aplicación del daño punitivo (del mismo modo que no es necesario que se haya producido perjuicio patrimonial para que opere la indemnización por daño moral, p. ej.).

8. Resumiendo: I) la multa civil prevista en el art. 52 bis, LDC, cit., consiste en un perjuicio patrimonial (daño punitivo) con que se puede sancionar al proveedor que no cumple con sus obligaciones legales o contractuales (17); II) la norma legal invocada no exige, a efectos de la imposición de la multa indicada, nada más que esa sola falta de cumplimiento, por parte del proveedor, de las obligaciones consumeriles a su cargo; III) las circunstancias del caso -entre ellas, la gravedad del hecho-, resultan relevantes sólo para graduar el 'quantum' de la sanción, pero no constituyen, 'per se', propiedades definitorias del hecho merecedor del daño punitivo; IV) la disposición citada no constituye una norma abierta, que presente un marco o insuficiencia (vacío, laguna) legal, de modo que requiera ser integrada, ocupada y, menos aún, reemplazada por un enunciado jurídico emitido por el juez, de modo tal de restringir el alcance de aquella disposición producida por el legislador, bajo la forma de presupuestos o recaudos no exigidos por éste en los términos normados (19). En suma: lo que el legislador no dijo al emitir la norma (los presuntos presupuestos mínimos indicados por la jurisprudencia comentada) no es ley; en consecuencia ha de estarse a los términos de la misma, que resultan suficientemente claros; en este sentido, cabe recordar las palabras de ARISTÓTELES: "Conviene...que...las leyes...abarquen cuanto puedan abarcar; dejando a los jueces lo menos posible...porque, atendiendo al mucho tiempo que se invierte en confeccionar una ley y el brevísimo que se emplea en juzgar, es más difícil que los jueces acierten en la administración de lo justo y conducente, sobre todo porque la mente del legislador se fija en casos generales y futuros, no en concretos y presentes; en cambio el...juez juzga sobre hechos actuales y determinados, de donde sucede que en sus simpatías o antipatías va envuelta también su propia utilidad... hay que dejar al arbitrio del Poder Judicial lo menos posible" (citado en LEVAGGI, ABELARDO; "Historia del Derecho Penal Argentino"; Editorial Perrot, 1978); y, concluyo, humildemente, en que tampoco el juez puede arrogarse facultades que exceden su propia competencia, socolor de estar "integrando" una norma de por sí suficientemente explícita acorde al régimen jurídico al que accede.

Notas al pie:

1) CONDOMI, ALFREDO MARIO: "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Decimoséptima Parte (El "daño punitivo");www.saij.gob.ar, 2016. "Cuestionable criterio jurisprudencial en un caso de derecho del consumo"; www.saij.gob.ar Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA , 5/7/2017.

2) Ídem nota anterior.

3) Ídem nota anterior.

4) KELSEN, HANS, "Teoría pura del derecho", p. 174, EUDEBA, Buenos Aires, 1960, tr. Moisés Nilve, según cita el magistrado. Se trata de la 'primera' edición, de 1934, y corresponde a la versión 'francesa' de 1953.

5) El fallo en comentario cita: "El art. 1587 del Proyecto de 1998 que habla de "grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva"; el art. 1714 del Proyecto de 2012, que se refiere

a..."grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva".

6) Se sostiene en el fallo que "en distintos casos se pudo encontrar una pila alcalina, un gel íntimo para uso sexual o un envoltorio de cigarrillos"; se citan antecedentes judiciales en tal sentido.

7) CHAMATRÓPULOS, DEMETRIO ALEJANDRO, "Daños punitivos sí, daños punitivos no...", LA LEY 2012-C, 63, AR/DOC/2047/2012), citado en el fallo.

8) CONDOMI, A.M., "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Decimoséptima Parte...", cit.

9) Ídem nota anterior.

10) Respecto de las lagunas 'lógicas', dice el maestro austriaco que "Sin embargo, tales lagunas no existen" (loc. cit., pág. 172); y, aludiendo a las otras, KELSEN se refiere a "la pretendida laguna técnica" (loc. cit., pág. 175). En tiempo intermedio -es decir, previo a la segunda edición de su "teoría pura"- el autor mencionado explica por qué, en su concepto, "la idea de las 'lagunas' es una ficción" (KELSEN, H., "Teoría General del Derecho y del Estado"- trad. Eduardo García Maynez-; Imprenta Universitaria, México, 1949.

11) KELSEN se refiere al supuesto en que "ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley"; cita, como ejemplo, el art. 1º del Código Civil suizo, en el que "el juez intervenga en calidad de legislador suplente" (KELSEN, H., "Teoría pura...", cit., págs. 176/177).

12) KELSEN, H., op cit., pág. 172.

13) Ídem nota anterior, págs. 174/175.

14) Ídem nota anterior.

15) Por cierto, en una "forma esquemática", la sentencia judicial requiere: a) la emisión de algún 'enunciado normativo general' -que es su 'fundamento normativo'-; b) ciertas 'definiciones' -que fijan la "extensión de un concepto" y "postulados de significación"-; c) 'enunciados empíricos' -su 'motivación'-; y, finalmente, d) la 'resolución' -'parte dispositiva' de la decisión, esto es, la norma 'individual' propiamente dicha- (BULYGIN, EUGENIO, "Sentencia judicial y creación de derecho"; LA LEY, T. 124); así, "la norma individual...no es creada por el juez, sino deducida de la norma general fundante, las definiciones en juego y los hechos del caso. Solo en una sentencia arbitraria...la resolución no es una consecuencia lógica de los considerandos" (loc. cit.); de modo que la eventual necesidad de emitir definiciones y determinar conceptos jurídicos, no autoriza al juzgador a "construir" un inadecuado fundamento de su decisión que, en definitiva, desvirtúe los términos y/o alcances de la norma general invocada en sustento de la misma.

16) Una "laguna normativa" se da cuando no existe correlación alguna entre un caso genérico y un caso individual; es decir, cuando un caso individual no encuentra solución en las normas generales.

17) KELSEN se refiere, expresamente, a supuestos en los que "a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de 'política jurídica'" (KELSEN, H., "Teoría pura...", 1ra. Ed., cit.).

18) Es decir: la multa 'es' el daño (causado en el patrimonio del proveedor), de modo tal que no se impone "una multa civil por daño punitivo" como indica el fallo en comentario, sino que se impone una multa civil 'o' daño punitivo, que de las dos formas se llama el instituto jurídico en cuestión.

19) Al tratar "el propósito de la ficción de las lagunas", KELSEN, señala dos restricciones para que proceda la habilitación al juez a fin de que éste llene el presunto vacío legal: a) que la obligación pretendida por el actor en su demanda, no esté positivamente establecida en alguna norma general vigente; 2) que, en rigor, "la aplicación del derecho -aun siendo lógicamente posible- resulte a los ojos del juez injusta o no equitativa"; se trataría -según el autor- de una restricción que "tiene un carácter más bien psicológico que jurídico" ("Teoría General del Derecho y del Estado", cit.). Como se vio en el texto, el sub-examen no constituye un caso en el que falte una norma general que cubra el caso bajo juzgamiento, sino que ella existe, clara y completa; pero al tribunal interviniente, su aplicación lisa y llana -tal como la concibió el legislador, le resulta "un despropósito jurídico" por lo que se siente autorizado a realizar "una interpretación integradora y virtuosa que les permita salvar la laguna técnica de la ley", laguna que no se advierte en la norma aludida, según se expone en el texto de este trabajo.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 4 DE OCTUBRE DE 2017

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01**, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.52*

Ref. Jurisprudenciales: "Esteban, Noelia Estefanía c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/ daños y perjuicios", 27/07/2017 , C.Civil y Comercial Comun. San Miguel de Tucumán

Cuestionable criterio jurisprudencial en un caso de derecho del consumo

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 5 DE JULIO DE 2017

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-FACTORES ATRIBUTIVOS DE RESPONSABILIDAD-DAÑO PUNITIVO-INDEMNIZACION

TEXTO

Abstract.

El caso objeto del presente comentario se refiere a un proceso judicial en el cual, la parte demandante, acciona contra una firma elaboradora de una reconocida bebida gaseosa y otros, reclamando indemnización del daño moral sufrido e imposición de una multa civil -daño punitivo- a raíz de haber encontrado un cuerpo extraño en el envase del refresco aludido. La demanda es rechazada, argumentándose que, en ambos rubros reclamados, no se dan los requisitos necesarios para que pueda prosperar la pretensión del accionante. Este artículo discurre críticamente sobre las argumentaciones judiciales aludidas.

1. Motiva este comentario el fallo recaído en autos "M. M. E. C/ COCA COLA POLAR ARGENTINA S.A. S/D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART. " Cám. Civil, Comercial y de Minería de Neuquén, Sala I, del 21/02/2017; <http://www.diariojudicial.com>, 16/06/2017; el mismo rechaza la demanda oportunamente formulada por el actor, en la que éste reclamara la aplicación de daños punitivos y resarcimiento de daño moral, "contra el fabricante de bebidas gaseosas, un supermercado y la aseguradora del fabricante, por el adquirente de una botella en cuyo interior habría encontrado un cuerpo extraño similar a un sapo muerto".

2. Respecto del primer rubro reclamado, cabe recordar que el art. 52 bis de la Ley de defensa del consumidor, N° 24.240 y mod. -LDC-, dice: "ARTICULO 52 bis: Daño Punitivo. 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. 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, inciso b) de esta ley".

Resulta conveniente, entonces, señalar los requisitos a tener en cuenta para declarar procedente la imposición de la sanción prevista en el art. 52, Ley de Defensa del consumidor -LDC-, tratado en un trabajo anterior (1). En este sentido, cabe mencionar que dicho instituto, "en tanto 'multa civil', constituye: 1) un mecanismo de agresión patrimonial monetario respecto del proveedor; 2) por sus incumplimientos de obligaciones legales o contractuales; 3) a instancias del consumidor; 4) a favor de éste; 5) de imposición 'facultativa' para el juez, quien "podrá aplicar" dicha sanción; 6) de carácter extraordinario y accesorio ya que] son otorgadas en forma independiente de la indemnización, y asimismo... siempre se determinan en un proceso principal"; 7) graduable conforme a las circunstancias del caso" de donde] "la "gravedad del hecho" del proveedor, será 'una' de las circunstancias a tener en cuenta por el juzgador; de este modo, la multa se gradúa no sólo en función de la gravedad del caso, sino de otros factores atribuibles al comportamiento del proveedor, tales como mala fe, fraude, malicia, opresión, ultraje, violencia, lascivia, perversión, temeridad; estas

circunstancias atienden a un criterio de 'reprochabilidad personal' de la conducta del proveedor' respecto del sujeto tutelado (2).

Ahora bien, el voto que informa la mayoría del fallo en comentario -apoyado en citas jurisprudenciales y doctrinarias- sostiene que 'no se reúnen los presupuestos requeridos para la procedencia del daño punitivo', ya que "debe receptarse él mismo] "cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro"; por lo que no procede "ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales. Para poder cobrar daños punitivos hace falta algo más. Un elemento de dolo o culpa grave es necesario para poder condenar a pagar daños punitivos". Sin embargo, a este respecto, merece destacarse que, en el marco de las notas características del daño punitivo antes recordadas 'supra', la concurrencia de esos "otros" factores atribuibles al comportamiento del proveedor (mala fe, fraude, malicia, opresión, ultraje, etc.) no resulta, 'per se', determinante, pues los mismos, de darse en el caso, sólo coadyuvan a la 'graduación' de la multa; ello así atento a los términos en que está concebida la multa civil en la LDC, sumado a que la misma "se inserta en el marco de un régimen jurídico de características peculiares, que dan fisonomía propia al derecho del consumo, derecho 'humano, social y de orden público'; y el intérprete -y, más aun, el juzgador-, ha de estar atento a estas circunstancias, sin perjuicio de coincidir en el origen del instituto en examen que inspirara a nuestro legislador (los "punitive damages" del "common law")- (3).

Pero, además, el voto en comentario agrega que "no se advierte qué medida de control habría sido omitida por la empresa para poder imputarle una conducta negligente en el hecho". Respecto de esta afirmación, conviene recordar que la responsabilidad imputable solidariamente a los proveedores intervinientes -incluyendo a la empresa aseguradora-, responde a un factor de atribución 'objetivo' (art. 1722 Código Civil y Comercial -CCC-), esto es, que, en principio, opera por esa sola intervención -principal o paralela- en la cadena o red de provisión: no es necesario determinar dolo o negligencia alguna en sus actividades para atribuir la responsabilidad solidaria (art. 52 bis LDC, cit.); siendo que, en tales términos, "sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena" (art. 40 LDC). El fallo en comentario, indebidamente -en mi humilde entender-, parece desligar de 'toda' responsabilidad a la parte demandada, lisa y llanamente, por no mediar "una conducta negligente en el hecho"; como queda dicho, para imputar responsabilidad al proveedor en las relaciones de consumo, no corresponde determinar un factor subjetivo de atribución; es decir, que "en la responsabilidad objetiva la culpa no es criterio ni de imputación ni de eximición de responsabilidad" (4). Por eso, para liberarse de responsabilidad, el proveedor debe demostrar que "la causa del daño le ha sido ajena" (art. 40 LDC, cit.), esto es, "mediante la prueba de la causa ajena", ya que "el sindicado como responsable tampoco se exonera probando su falta de culpa (su diligencia)" (5), porque "la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad" (art. 1722 CCC, cit.).

Se ha señalado, asimismo, que 'cada factor objetivo de atribución tiene su propia "faz negativa", en el sentido de que el sindicado como responsable podrá eximirse si demuestra que no se dan las condiciones exigidas por la ley para que se aplique el factor en cuestión' (6). Ahora bien, según el fallo sub examen "la demandada refiere que la tapa y el envase en cuestión son susceptibles de ser hackeadas en condiciones normales y manifiesta que existen procedimientos cuyo resultado es abrir el envase, eventualmente introducir un elemento extraño, volverlo a cerrar, resultando que la confrontación entre el estado que queda la botella adulterada y muy inclusivamente la tapa, confrontados todos estos aspectos con otras botellas de control, no se advierte diferencia ni siquiera en el precinto de seguridad". A este respecto, y sin perjuicio de lo expuesto 'supra', habiendo reconocido el proveedor las circunstancias recién apuntadas -"que la tapa y el envase en cuestión son susceptibles de ser hackeadas en condiciones normales", que pueda "abrirse] el envase, eventualmente introducir un elemento extraño, y] volverlo a cerrar", y que, confrontando el estado de "la botella adulterada...y] la tapa... con otras botellas de control", no se advierte diferencia" alguna- cabe preguntarse, entonces, si su responsabilidad no deriva de las propias

circunstancias reconocidas, que se traducen en un evidente 'estado de vulnerabilidad' del elemento continente de la bebida; ello así ya que si el proveedor conoce de antemano que la botella puede ser abierta, adulterado su contenido y vuelta a cerrar sin dejar huellas -es decir, que puede ser "hackeada en condiciones normales"-, esto implica que las medidas de seguridad a su cargo no son plenamente efectivas y, con ello, su responsabilidad subsiste desde que el producto sale de la unidad de producción hasta que llega a manos del consumidor, porque, en la medida de la previsibilidad de adulteraciones, siguiendo doctrina de antigua data (7) se 'destaca la facultad del fabricante (el proveedor) de ejercer el contralor del artículo que fabrica, sabiendo que coloca su "producto alimenticio en envases que él sabe que serán abiertos por el consumidor"' (8); y esto así, aun cuando el bien transite un recorrido de algunas etapas a través de la cadena de provisión; téngase presente que "la protección al consumidor o usuario del servicio queda resguardada por el 'deber de seguridad' preceptuado por el art. 5° de la Ley 24.240" (9), seguridad que, como se ha visto en el sub examen, resultó quebrantada.

Agrega el fallo examinado que "Además, cabe señalar que de la prueba rendida puede concluirse que se trata de un caso aislado, circunstancia que conduciría a descartar que concurra otro de los elementos que caracterizan a este tipo de sanciones, tal la finalidad de tutelar preventivamente el interés social". Bien; he señalado con anterioridad que, según entiendo, "parece razonable enfocar la graduación y aplicación de las respectivas multas administrativa o civil, según corresponda]... atendiendo prioritariamente, sobre la base de las 'circunstancias del caso', a los 'intereses afectados' por el incumplimiento del proveedor: intereses 'comunitarios' -en particular, el 'colectivo' de consumidores-, o intereses 'particulares' -aun de incidencia colectiva, arg. art. 54 LDC- del o de los consumidores damnificados" (10); de este modo, aun tratándose de "un caso aislado", como afirma cuasi-apodícticamente el tribunal, dicha circunstancia no empece la aplicación del daño punitivo pretendido.

3. En cuanto al segundo rubro objeto de reclamo -daño moral-, se lee en el fallo en comentario, con referencia a la resolución de primera instancia que "el actor denunció que podría haber tenido consecuencias y daños irreparables si hubiera consumido el producto; sin embargo, no resulta suficiente el disgusto, la incomodidad y la aprensión sufrida como consumidor para generar una responsabilidad que justifique un resarcimiento económico. Además, la actora no reclamó daño material".

Bien; respecto de este último punto, cabe recordar que, de ningún modo, la inexistencia de reclamo de indemnización del daño material inhibe al pretensor para hacer lo propio respecto del resarcimiento por daño moral, ni la suerte o el monto de éste depende de la existencia o envergadura de aquél.

No obstante ello, además de tratar el daño moral como un perjuicio 'autónomo' desligado del "material", corresponde tener presentes, ante todo, las vicisitudes del régimen regulatorio del consumo, con referencia, en particular, al status disminuido que el consumidor ocupa con relación a su/s proveedor/es, que habilita un tratamiento equilibrador de las inecuaciones posicionales en los vínculos consumeriles; en efecto, el consumidor/usuario se encuentra en desventaja frente a la "maquinaria" corporizada en la red de provisión, un entramado de vínculos empresariales dentro de esquemas de producción, circulación y colocación - y anexos- de productos, hasta desembocar en la góndola o el escaparate de las bocas de expendio de bienes, u oficinas o locales de prestación de servicios; en estos términos, el legislador, precisamente, ha previsto, p. ej., la responsabilidad objetiva y solidaria antes aludida y la operatividad del principio "pro consummatore" (arts. 3° LDC, 1094 CCC), entre otros mecanismos que tienden, asimismo, a la realización del principio general "favor debilis" (11).

Ahora bien, como se ve, el argumento para rechazar la pretensión sancionatoria mediante la imposición de un daño punitivo, radicaría en la 'insuficiencia' del "disgusto, la incomodidad y la aprensión sufrida por el consumidor" para considerar procedente, en el caso, ese instituto; a este

respecto, sin embargo, creo que, a fin de evitar ciertas distorsiones conceptuales, resulta adecuado prescindir del calificativo "moral" para referirse al tipo de menoscabo que aquí nos ocupa ya que, a pesar de admitir que, en general, todos contamos con un "código de prescripciones éticas" - probablemente compartido, en todo o en parte, con otros miembros de nuestro grupo de pertenencia y/o referencia-, la carga emotiva que el término soporta, determina la conveniencia de emplear alguna otra expresión significativa que represente apropiadamente el perjuicio aludido; en tal sentido, el art. 1741 del CCC, se refiere a "las consecuencias no patrimoniales" del hecho dañoso, pudiendo vulnerar éste "un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva" (art. 1737 Cód. cit.); se procura "la tutela de la persona humana", siendo que aquellas consecuencias inciden "en el espíritu" de las mismas, determinando "una modificación disvaliosa de éste" (12); y, tratándose de una situación de consumo, cabe adecuar el criterio empleado extremando el ejercicio de la 'empatía', con relevancia jurídica, necesaria para juzgar estos casos, pues si "todos somos consumidores", ese "ponerse en lugar del otro" -el damnificado-, queda facilitado por la propia experiencia: (qué actitud emocional se desencadenaría en 'mi' espíritu si, en mi carácter de mero consumidor, reposando mi confianza en mis proveedores en la efectividad del "principio de buena-fe creencia" (13), desprevenidamente, en consecuencia, y en trance de ingerir una bebida gaseosa de marca internacionalmente reconocida advierto, de sopetón, que en su envase se encuentra alojado "un cuerpo extraño similar a un sapo muerto"?, ("el disgusto, la incomodidad y la aprensión sufrida" en tales circunstancias no devendrían en lisa y llana indignación?, y (no es precisamente en la dignidad de la persona donde hace foco el régimen tutelar de los derechos humanos, ubicándose los derechos de consumidores y usuarios entre ellos?; así, resulta de dudosa juridicidad el criterio adoptado en el fallo sub examen para rechazar las pretensiones de la parte actora en el rubro en comentario. Sucede que, cumpliendo el derecho una 'función social', se impone en el operador jurídico ejercer una 'comprensión' (14) de las conductas en juego, circunstancia que abarca, tanto la conducta del proveedor cuanto la 'situación' del consumidor y, en consecuencia, interpretar, en el contexto socio-jurídico adecuado, la acción y las pretensiones de la parte actora.

Ocurre, además, que, sin perjuicio de la norma genérica del art. 1740 CCC, que ordena al 'reparación plena' del daño infligido, ya en el art. 54 LDC, viene establecido el "principio de reparación integral" en la materia (15), expresiones que obligan al juzgador a no dejar sin atención no sólo aquellos aspectos de la personalidad del demandante que se hayan visto menoscabados sino, dentro de cada uno de ellos, optimizar su resarcimiento, ampliando adecuadamente el alcance conceptual de su cobertura.

4. Sin perjuicio de lo expuesto y por compartir, en lo substancial, los argumentos desarrollados en el voto en minoría del fallo en comentario, de la Dra. Cecilia Pamphile, recomiendo, 'brevitatis causae', su lectura.

5. Finalmente, respecto del modo en que fueron impuestas la costas en el proceso a la parte actora (conforme al principio que deriva "del hecho objetivo de la derrota" (16); art. 68 Cód. Proc. Bs.As.), formulo dos observaciones: 1) respecto del daño punitivo: la parquedad de la fórmula elegida por el legislador, que sólo exige, a los fines de su imposición, que el proveedor "no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor" (art. 52 bis LDC, cit.); 2) respecto del daño moral: la admisión en la resolución judicial comentada de que el consumidor demandante ha sufrido "disgusto...incomodidad y...aprensión", ante el desagradable descubrimiento, manifestando el mismo "que podría haber tenido consecuencias y daños irreparables si hubiera consumido el producto". Estas circunstancias, según entiendo, dentro del contexto que ha quedado expuesto 'supra', explican, 'per se', que la parte actora bien puedo creerse con derecho a litigar en la forma en que lo hizo, justificando así, al menos, la imposición de costas por su orden (art. 68 Cód. Proc. Bs. As., cit, segunda disposición).

Notas al pie.

1) CONDOMI, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Decimoséptima Parte (El "daño punitivo")"; 2016, www.saij.gob.ar ; Id SAIJ: DACF160392.

2) CONDOMI, A.M., op cit.

3) Idem nota anterior. He propuesto, con anterioridad un criterio interpretativo según el cual, para fijar la multa "administrativa" del art. 49 LDC, habría que atender, preferentemente, a los intereses "comunitarios" del colectivo de consumidores afectados por el accionar del proveedor, en tanto que respecto de la multa civil del art. 52 bis LDC, cit., deberían considerarse, prioritariamente, los intereses vulnerados del consumidor "en particular" (loc. cit.); sin embargo, aun restringiendo al máximo esta última circunstancia, he señalado también, que, en todo caso, el daño punitivo tiene una finalidad "preventivo-especial o individual" respecto del proveedor infractor, "para que 'no reitere su propio accionar' " (loc. cit.). En este sentido, la argumentación esgrimida por el juez pre-opinante en el fallo sub-examen, en cuanto a que "de la prueba rendida puede concluirse que se trata de un caso aislado, circunstancia que conduciría a descartar que concorra otro de los elementos que caracterizan a este tipo de sanciones, tal la finalidad de tutelar preventivamente el interés social", parece atender sólo a uno de los "elementos" -finalidades- que condicionarían la aplicación de la multa civil, la "prevención general" (loc. cit.), circunstancia ésta que atañe más a la imposición de la multa administrativa que al daño punitivo.

4) PICASSO, SEBASTIÁN y SAENZ, LUIS R.J.; "Código Civil y Comercial Comentado", Tº IV; Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica (saij).

5) PICASSO-SAENZ, loc. cit.

6) Idem nota anterior.

7) "Donoghue vs. Stevenson", Inglaterra, 1932, en LEVI, EDWARD H.; "Introducción al razonamiento jurídico", EUDEBA, 1964, trad. Genaro Carrió.

8) CONDOMI, ALFREDO MARIO; "Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -primeras aproximaciones-"; 20/10/ 2011; Id SAIJ: DACF110174.

9) LORENZETTI, RICARDO L. "Consumidores", Editorial Rubinzal Culzoni, 2003).

10) CONDOMI, A.M.; "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Decimoséptima Parte", cit.

11) CONDOMI, ALFREDO MARIO; "Reflexiones generales sobre defensa del consumidor ...", cit.

12) PICASSO-SAENZ, loc. cit. Véase, asimismo, art. 1738 CCC.

14) Intentar " 'empáticamente' colocarnos en el lugar del otro, para entender su comportamiento" (SCHUSTEER, FELIX GUSTAVO; "El método en las ciencias sociales"; Centro Editor de América Latina, 1992).

15) Al respecto puede consultarse: CONDOMI, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte"; 25/10/2013; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF130328.

16) PALACIO, LINO ENRIQUE; "Manual de Derecho Procesal Civil", Tomo I, Abeledo-Perrot, 1976.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 5 DE JULIO DE 2017

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1094, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1722, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1737, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1740, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1741, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.5, Ley 24.240 Art.40, Ley 24.240 Art.47, Ley 24.240 Art.52 Bis , Ley 24.240 Art.54, DECRETO LEY 7425/68 Art.68

Ref. Jurisprudenciales: Cámara de apelaciones en lo civil, comercial, laboral y minería, Sala 1, Neuquén, M.M.E. c/ Coca Cola Polar Argentina S.A. s/ D. y P. por resp. extracont. de part., 21/02/2017

El derecho no se presume conocido por los consumidores (nuevos principios legales)

Ponencia presentada en el XVI Congreso Nacional de Derecho de Seguros organizado por la Asociación Argentina de Derecho de Seguros y el Instituto de Derecho de Seguros de La Plata (21, 22 y 23 de Septiembre de 2016)

SOBRINO, WALDO AUGUSTO

Publicación: www.saij.gob.ar, 23 DE JUNIO DE 2017

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES-DEBER DE INFORMACION-SEGUROS

TEXTO

Abstract:

Si bien atávicamente se suele sostener que "el derecho se presume conocido por todos los ciudadanos", es que entendemos que dicho principio ha sido modificado.

En efecto, por la aplicación del art. 42 de la Constitución Nacional, el art.4° de la Ley de Defensa del Consumidor y -en especial- por el art. 1100 del Código Civil y Comercial, es que en nuestra opinión dicho principio ha cambiado.

Así pues, con la normativa vigente, existe un nuevo principio legal: "El derecho no se presume conocido por los consumidores".

Por ello, es que los proveedores y las compañías de seguros deberán cumplir con la obligación de cumplir con el 'deber de información legal' y en aquellos casos en que no cumplieran con dicha obligación legal, es que todas las normas legales que no fueran informadas al consumidor de seguros, no van a poder ser aplicadas en su perjuicio.

1) Introducción.

1.1) Entendemos que a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y el dictado de la Ley de Defensa del Consumidor, se comenzó a producir un cambio de fondo en toda la normativa legal de nuestro país.

1.2) Y dichas modificaciones se convirtieron en un verdadero big bang jurídico con la vigencia del Código Civil y Comercial, que produjo cambios desde los mismos cimientos de toda la estructura legal.

1.3) Lo recién expuesto, no es una mera metáfora legal, sino que en nuestra opinión, es tan profundo el cambio, que en la actualidad existen nuevos principios legales como fuentes del derecho, que son de aplicación obligatoria.

Entre los nuevos principios legales (1) podemos señalar los siguientes:

I- El derecho no se presume conocido por los consumidores.

II- No hay des-obligación sin causa (de los proveedores frente a los consumidores).

III- La Ley General puede modificar a la Ley Especial.

A continuación, desarrollaremos nuestra opinión respecto al nuevo principio legal, en el sentido que ya no existe más la clara ficción legal y falsedad material que determinaba que el todos los consumidores conocían la normativa legal aplicable a las relaciones de consumo; de manera tal que actualmente: el derecho no se presume conocido por los consumidores (2).

2) Las ficciones y la realidad.

2.1) Quizás, con la intención de disciplinar legalmente a las sociedades, alguna vez se determinó que el derecho se presumía conocido por todos los ciudadanos.

Si bien se trata de un tema harto apasionante para su análisis legal y sociológico, es que ahora solamente nos ceñiremos a los consumidores, en especial los consumidores de seguros (3) y la aplicación de dicho principio.

2.2) Las ficciones en el mundo de la literatura son imprescindibles para un pleno desarrollo creativo.

Prueba de ello, es el genial Jorge Luis Borges, que no solo escribía cuentos fantásticos, sino que en el summum de la ficción, hasta llegó a realizar un estudio crítico de obras y autores que jamás existieron (4).

2.3) Pero, en el ámbito del derecho, en especial, en el derecho de consumo, deviene una verdad de apuño que el principio que el derecho se presume conocido es mentira.

Como bien enseña la Real Academia Española, mentira es una "...expresión o manifestación contraria a lo que se sabe, se piensa o se siente..." (5).

Claramente, nos encontramos frente a una ficción legal, es decir "...dar a entender algo que no es cierto..." o con mayor precisión aún "...dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene..." (6).

2.4) Así, deviene pertinente recordar al maestro Rezzónico, quien seguía las enseñanzas de Rudolph von Ihering, cuando explicaba que las ficciones legales son un "...procedimiento que esquivo las dificultades, en vez de resolverlas, constituyendo una forma imperfecta de solucionar problemas..." (7).

Por ello, dentro de las ficciones legales absolutamente impropias, se encuentra el tema sub examine que establece que los consumidores conocen todas las normativas legales que les aplican; lo que implica -a no dudarlo- que estamos frente a falsedades científicas.

Y, todo ello, se ve potenciado, en forma exponencial, con los consumidores de seguros (8), dado que en el ámbito de los seguros, existen innumerables cuestiones técnicas y legales, que no solo no entiende el hombre común, sino que muchas veces los hombres de derecho, también tenemos nuestras dudas...

3) El deber de información de la normativa aplicable de acuerdo a la Constitución Nacional (art. 42).

3.1) Recordamos que el art. 42 de la Carta Magna determina que "...los consumidores...tienen derecho, en la relación de consumo a una información adecuada y veraz y a condiciones de trato equitativo...", agregándose luego que: "...las autoridades proveerán a la protección de esos derechos..." y estableciéndose después que: "...la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención...".

3.2) En términos generales, los autores suelen hacer referencia al deber de información, respecto a las obligaciones que tienen los proveedores de explicarle al consumidor las peculiaridades técnicas, las características de uso, etc. que tiene el producto o servicio comercializado.

Si bien ello, como mínimo es correcto, es que nosotros entendemos que el deber de información frente al consumidor implica mucho más.

3.3) En efecto, ello, ha sido profundizado por medio del art. 1100 del Código Civil y Comercial, dado que amplía aún más las pautas y exigencias del deber de información, llegando -en nuestra opinión- a incluir en cabeza del proveedor también: el deber de información de toda la normativa legal

aplicable.

3.4) Así, por un lado, recordamos que el deber de información del proveedor al consumidor, también incluye el deber de consejo y el deber de advertencia (9), donde ineluctablemente, se le debe informar, aconsejar y advertir respecto a la normativa legal aplicable.

Y -por otro lado- la correcta información del derecho aplicable, va a resultar una de las herramientas más importantes para cumplir cabalmente con el deber de prevención del daño (art. 1710 del Código Civil y Comercial) que puede sufrir el consumidor por no conocer el derecho (10).

3.5) Entre diversos fundamentos del deber de información, corresponde señalar que trata de disminuir la absoluta asimetría que existe entre el proveedor y el consumidor.

Y, esta asimetría se puede analizar desde distintas perspectivas, como por ejemplo: (i) técnica; (ii) económica; (iii) fáctica y (iv) legal.

Atento las limitaciones del presente trabajo, es que solamente desarrollaremos la "asimetría legal".

4) El deber de información y la asimetría legal.

4.1) Resulta claro que si el deber de información trata de disminuir la asimetría, es que una de las partes fundamentales es -justamente- la asimetría de conocimiento legal. Así, antes de entrar en el tema de los seguros, consulto al amable lector de sus conocimientos de derecho respecto a otros temas donde también es consumidor, como puede ser: telefonía celular; internet; medicina prepaga, televisión por cable, etc.

En mi caso, debo confesar que mi desconocimiento legal es casi total.

4.2) Y, yendo al ámbito de los seguros la situación se complica mucho más para el consumidor, dado que existen cuestiones legales que son derechamente incomprensibles para una persona común.

4.3) Así, cual soliloquio (11), nos preguntamos, los conocimientos legales que puede tener una tía, una hermana, un amigo o un abogado que no es especialista en seguros (donde todos son consumidores de seguros), respecto a temas como:

- * reticencia (12).
- * agravación del riesgo.
- * prorrata (13).
- * infraseguro.
- * caducidades convencionales (14).
- * prescripción (15).
- * etc.

4.4) La respuesta honesta es que no tienen ni idea del significado de las palabras y mucho menos de las consecuencias legales que implican.

4.5) Por ello, es que nos preguntamos: (resulta conforme a las pautas del art. 42 de la Constitución Nacional y del art. 1100 del Código Civil y Comercial, teniendo la certeza real que el consumidor no conoce el derecho aplicable, que igualmente quede metido y atrapado dentro del laberinto kafkiano en el sentido que el derecho se presume conocido? Sin hesitar, se impone la respuesta negativa.

O, recordando a Miguel Piedecasas quien respecto a la cuestión específica de seguros se pregunta: "...(es posible que el consumidor conozca realmente toda la normativa que existe en materia de seguros o con relación a un seguro determinado, si muchas veces ni siquiera los hombres de derecho tenemos un conocimiento acabado de ella?... " (16).

4.6) Justamente por ello, está el deber de información y dentro del mismo, la obligación del proveedor de explicar toda la normativa aplicable, dado que

el derecho no se presume conocido por los consumidores (17).

5) El art. 1100 del Código Civil y Comercial.

5.1) Entendemos que el art. 1100 del Código Civil y Comercial, profundiza aún más, las importantes pautas tuitivas del art. 42 de la Constitución Nacional y del art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor. Ello es así, dado que el art. 1100 obliga al proveedor a informar al consumidor de "...toda otra circunstancia relevante...".

5.2) Por ello, hay que estudiar el significado de: "...circunstancia relevante...". Así, nos podemos preguntar: (para el consumidor de seguros, resulta una circunstancia relevante la normativa aplicable?

5.3) Si la respuesta es afirmativa, es que resulta una verdad de a puño que el proveedor deberá informar al consumidor toda la normativa aplicable. Y ello es así, dado que: el derecho no se presume conocido por los consumidores.

5.4) Atento que la Constitución Nacional ordena que se debe disminuir la asimetría entre el proveedor y el consumidor en forma real, es que no podemos basarnos en ficciones legales. Menos aún, podemos desconocer la existencia de una total y absoluta asimetría de conocimiento legal entre el proveedor y el consumidor.

5.5) Y ello, se encuentra todavía más profundizado en la asimetría de conocimiento legal entre la compañía de seguros y los asegurados (v.gr. consumidores de seguros) (18).

6) El art. 8 del Código Civil y Comercial.

6.1) Antes de finalizar con el presente trabajo, es que queremos hacer mención al art. 8 del Código Civil y Comercial que establece el principio de inexcusabilidad, en el sentido que el derecho se presume conocido.

6.2) Al respecto y convalidando nuestra postura, deviene fundamental resaltar que el mismo art. 8, establece la excepción al principio de inexcusabilidad cuando está autorizada por el ordenamiento jurídico.

6.3) Pues bien, la mentada autorización del ordenamiento jurídico se encuentra expresamente establecida dentro de las amplias pautas del deber de información, según lo ordena el art. 42 de la Constitución Nacional.

Al respecto, resulta pertinente recordar a Alfredo Condemi (19), cuando sostiene que "...respecto del principio de 'inexcusabilidad' consagrado en el Art. 8° del Código Civil y Comercial, cabe preguntarse si el mismo le es enteramente aplicable al consumidor...". Agregando luego: "...que la ley se presuma conocida por todos no deja de ser una 'ficción legal'...".

6.3) En efecto, si desde la misma Carta Magna se ordena la protección del consumidor es que resultaría autocontradictorio que se desproteja al más vulnerbale, aplicando una ficción legal que a todas luces es arbitraria e irreal.

6.4) Por ello, un análisis sistemático y sustentado en el diálogo de fuentes, indica que la excepción del principio de inexcusabilidad se encuentra expresamente establecida en el art. 42 de la Constitución Nacional, que en forma amplia ordena el deber de información, donde se encuentra incluido el deber de información legal.

6.5) Ello es así, dado que el derecho no se presume conocido por los consumidores.

7) Incumplimiento del deber de información legal por parte de los proveedores.

7.1) En aquellos casos en que los proveedores en general y las compañías de seguros en particular (20), no cumplan con el deber de información legal frente a los consumidores (de seguros) la sanción por dicho incumplimiento es muy clara y sencilla.

En efecto, el art. 1100 del Código Civil y Comercial ordena a los proveedores a informar de "...toda circunstancia relevante..." a los consumidores. De manera tal, que toda aquella normativa legal que no informe al consumidor, no deberá ser considerada como 'circunstancias relevantes'.

7.2) Ello va a implicar que al momento del siniestro, la compañía de seguros ni el liquidador de siniestros (21), no van a poder aplicar en perjuicio del consumidor, la normativa legal que no fuera oportunamente informada (dado que no eran 'circunstancias relevantes'). Incluso, ello se ve avalado por el art. 1067 de la teoría de los actos propios dado que si el proveedor/compañía de seguros, consideró que ciertas normativas legales no informadas, no eran circunstancias relevantes, es que por una cuestión obvia, al momento del siniestro no va a poder a aplicar dicha legislación específica.

8) Conclusiones.

Por todo lo antes expuesto, nuestras conclusiones son las siguientes:

8.1) Existe un nuevo principio legal, en virtud del cual el derecho no se presume conocido por los consumidores (22).

8.2) De acuerdo al art. 42 de la Constitución Nacional, el art. 4° de la Ley de Defensa del Consumidor y el art. 1100 del Código Civil y Comercial, se encuentra en cabeza del proveedor la información al consumidor de toda la normativa aplicable.

8.3) Toda aquella normativa legal que no fuera informada por el proveedor, al no ser consideradas circunstancias relevantes (art. 1067), no va a poder ser aplicada en perjuicio del consumidor (art. 1100 del Código Civil y Comercial).

Notas al pie.

* Los comentarios y en especial las críticas son bienvenidas en waldo.sobrino@wsya.com.ar o www.wsya.com.ar.

1) ALEXY, Robert; Teoría de los Derechos Fundamentales, página 67, acápite 2 "Los Principios como Mandato de Optimización", donde explica que "...los Principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes...", traducido por Carlos Bernal Pulido; Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008.

2) SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial (y su relación con la Responsabilidad Civil, el Derecho del Consumo, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales), Capítulo IV: "Los Nuevos Principios y el Código Civil y Comercial"; subcapítulo IV.1) Primer Principio: "El Derecho No se presume conocido por los Consumidores", páginas 223 a 233, Editorial La Ley, Agosto de 2016.

3) SOBRINO, Waldo; Consumidores de Seguros, Editorial La Ley, Noviembre de 2009.

4) BORGES, Jorge Luis; Ficciones, Capítulo "Examen de la obra de Herbert Quain", página 71 y siguientes, Editorial Planeta De Agostini, Madrid, 2000.

5) Ver: www.rae.es.

6) Ver: www.rae.es.

7) REZZONICO, Juan Carlos; Principios fundamentales de los contratos, página 319, parágrafo n° 234 'Ficciones', Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

8) SOBRINO, Waldo; Consumidores de Seguros, Editorial La Ley, Noviembre de 2009.

9) TEVEZ, Alejandra; "El 'Deber de Advertencia' en las relaciones de consumo", publicado en el Diario 'La Ley', de fecha 5 de Mayo de 2015.

10) SOBRINO, Waldo; "Seguros y el Código Civil y Comercial (y su relación con

la Responsabilidad Civil ,el Derecho del Consumo, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales), Capítulo .IX.1) "El 'Deber de Información: y su relación con el 'Deber de Prevención', el 'Deber de Precaución', el 'Deber de Consejo' y el 'Deber de Advertencia'", páginas 445 a 488, Editorial La Ley, Agosto de 2016.

11) UNAMUNO, Miguel; Soliloquios y Conversaciones, Segunda edición, Editorial. Espasa Calpe, Buenos Aires, 1944.

12) SOBRINO, Waldo; Consumidores de Seguros, Acápite III.2 "Art. 5: Reticencia", páginas 449 a 472, Editorial La Ley, Buenos Aires. 2009.

13) SOBRINO, Waldo; Ponencia "Prorrata: (la palabra maldita...? (un nuevo enfoque a la luz del Art. 42 de la Constitución Nacional)" presentada en el Congreso de Seguros, organizado por la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (A.I.D.A.) Rama Argentina, realizado en la Ciudad de Carlos Paz, Provincia de Córdoba, con fecha 28, 29 y 30 de Mayo de 2014.

14) SOBRINO, Waldo; "Exclusiones vs. Caducidades: las (pseudo) Exclusiones de cobertura y las Caducidades del seguro (una sutil manera de restringir el poder de los jueces, a través de una ilegal estrategia burocrática)", publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, del mes de Febrero de 2013.

15) SOBRINO, Waldo; "Seguros: Prescripción de Cinco (5) años en el Nuevo Código Civil y Comercial", publicado en el Diario 'La Ley' con fecha 25 de Febrero de 2015.

16) PIEDECASAS, Miguel; "Consumidor y Seguros", Capítulo IX "Las advertencias jurisprudenciales y la normativización administrativa", publicado en el Diario La Ley, página 4, de fecha 23 de Junio de 2014.

17) SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial (y su relación con la Responsabilidad Civil ,el Derecho del Consumo, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales), Capítulo IV: "Los Nuevos Principios y el Código Civil y Comercial"; subcapítulo IV.1) Primer Principio: "El Derecho No se presume conocido por los Consumidores", páginas 223 a 233, Editorial La Ley, Agosto de 2016.

18) JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio; Derecho de Seguros, Tomo II, Capítulo VII "Protección del Consumidor y sus principales manifestaciones en el Derecho de Seguros contemporáneo: examen descriptivo", páginas 567 a 585, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá, 2012.

19) CONDOMI, Alfredo Mario; "Código Civil y Comercial: Incidencia del Título Preliminar en el Derecho de Consumo", publicado en Infojus; DACF 150424; www.infojus.gob.ar; de fecha 23 de Julio de 2015.

20) Señalamos que dentro de los obligados a cumplir con el Deber de Información Legal, se encuentran (i) las Compañías de Seguros; (ii) los Productores de Seguros; (iii) los Brokers de Seguros; (iv) los Agentes Instituidores; (v) los Brokers de Reaseguros; (vi) las Reaseguradoras Nacionales; (vii) las Retrocesionarias Internacionales; (viii) etc.

21) SOBRINO, Waldo; "El Proceso de Liquidación de Siniestros de Seguros y 'El Proceso' de Franz Kafka: (dos almas gemelas ?", publicado en el Diario 'La Ley', de fecha 13 de Octubre de 2009.

22) SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial (y su relación con la Responsabilidad Civil ,el Derecho del Consumo, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales), Capítulo IV: "Los Nuevos Principios y el Código Civil y Comercial"; subcapítulo IV.1) Primer Principio: "El Derecho No se presume conocido por los Consumidores", páginas 223 a 233, Editorial La Ley, Agosto de 2016.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 23 DE JUNIO DE 2017

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.8, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1067, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1100, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1710, Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240 Art.4

No hay Des-Obligación sin causa (Nuevos principios legales)

Ponencia presentada en el XVI Congreso Nacional de Derecho de Seguros, organizado por la Asociación Argentina de Derecho de Seguros y el Instituto de Derecho de Seguros de La Plata (21, 22 y 23 de Septiembre de 2016)

SOBRINO, WALDO AUGUSTO

Publicación: www.saij.gob.ar, 19 DE JUNIO DE 2017

TEMA

OBLIGACIONES-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-CODIGO CIVIL Y COMERCIAL-REPARACION INTEGRAL

TEXTO

Abstract:

Como consecuencia de la aplicación de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial, es que se produjeron importantes cambios de paradigmas en la normativa vigente.

Así entonces, ya no resultaría más aplicable el viejo axioma que "no hay obligación sin causa", sino en el ámbito del consumo, rige el nuevo principio que "No hay Des-Obligación sin causa" del proveedor frente al consumidor.

Y, en los casos en que el proveedor pretendiera dejar de cumplir justificadamente su prestación, es que deberá demostrar en forma fehaciente que sufrió un 'perjuicio sustancial'.

1) Introducción.

1.1) Uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico tradicional, era el referido a que no existe obligación sin causa.

Dicha pauta fue establecida por el genio de Amboy, en el art. 499 del Código Civil que determinaba que "...no hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles...".

Ello era el fruto de la filosofía imperante en la época, que se caracterizaba por una impronta individualista.

1.2) Posteriormente, con la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 y el dictado de la Ley de Defensa del Consumidor, se pasó a un sistema legal que tiene en cuenta a los vulnerables, los débiles, la solidaridad social, el favor debilis (1), las víctimas, los consumidores y -asimismo- la función social del seguro.

1.3) Dicha filosofía fue continuada, en el Código Civil y Comercial de la Nación, en especial, en el art. 1º, que entre otras cuestiones requiere que la aplicación del nuevo Código se realice de acuerdo a las mandas de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

También transita dicha senda el art. 2º, dado que siguiendo las enseñanzas de Robert Alexy (2) se determina que los Principios tienen carácter deontológico (3), es decir, son un deber, de forma que los principios son obligatorios (4).

De esta manera, recordando lo enseñado por el Profesor de la Universidad de Kiel, es que se debe tener muy presente que los Principios son mandatos de optimización (5) que establecen deberes de cumplimiento (6), dado que se encuentran dentro de las normas deontológicas (7).

Así es que adherimos a lo explicado por Ricardo Lorenzetti, cuando al hacer referencia al "...Principio Protectorio de rango constitucional...", enseña que "...en los casos que se presentan colisión de normas, es importante tener en cuenta que no es la ley, sino la Constitución Nacional, la que es fuente principal del Derecho Consumerista..." (8).

2) La normativa constitucional e infraconstitucional vigente.

2.1) Con el big bang jurídico que se produjo con la Reforma de la Constitución Nacional; la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial, se estableció un Bloque Legal de Derecho de Consumo (remitiéndonos brevitatis causae a lo que desarrollamos al respecto) (9).

2.2) Sucintamente, recordamos que en nuestra opinión el sistema legal de consumo, se desarrolla en forma concéntrica, donde el núcleo duro de tutela, se encuentra conformado por:

- (i) Constitución Nacional (art. 42).
- (ii) Tratados Internacionales (art. 75, inciso 22 de la Carta Magna).
- (iii) Piso Mínimo del Nuevo Código Civil y Comercial.
- (iv) Doble Piso Mínimo del Código Civil y Comercial y Ley del Consumidor.
- (v) Piso Superior de la Ley del Consumidor (por sobre el Código Civil y Comercial).
- (vi) Piso Superior de la Ley de Seguros (por sobre el Código Civil y Comercial).
- (vii) Piso Superior de la Ley de Tránsito (por sobre el Código Civil y Comercial).

2.3) Reiteramos que por una cuestión de los límites del presente trabajo, no podemos desarrollar el bloque legal de derecho de consumo, de manera tal que solamente resaltamos que abrevaremos en los Principios (10), que tienen el carácter de obligatorios (11) que son las bases filosóficas de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales: (i) Justicia; (ii) Equidad y (iii) Dignidad.

2.4) Como consecuencia de ello es que el presente análisis se sustenta en la Constitución Nacional (art. 42) y el Código Civil y Comercial (art. 1), que establecen la aplicación de los principios constitucionales (12), de manera tal que en nuestra opinión al ordenarse en la Carta Magna que se debe proteger al Consumidor, es que por una lógica consecuencia de interpretación, para que un Proveedor no cumpla con su prestación frente a dicho consumidor, no lo puede hacer sin motivo ni fundamento.

3) El Nuevo Principio No hay Des-Obligación sin causa.

3.1) Teniendo a la vista y aplicando las mandas del art. 42 de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales y los arts. 1° y 2° del Código Civil y Comercial, hoy existe el principio que: No hay Des-Obligación sin causa.

Ello va a significar que las Empresas (Proveedores), no pueden des-obligarse (v.gr. dejar de cumplir con sus prestaciones y responsabilidades legales), frente a los consumidores, si no existe una causa real, profunda, trascendente y determinante, que le cause un verdadero perjuicio (v.gr. perjuicio sustancial).

3.2) En efecto, existe un evidente y claro cambio de paradigma legal, dado que el epicentro tuitivo para los consumidores se encuentra en el Art.42 de la Constitución Nacional (y los Tratados Internacionales).

3.3) De manera tal que si desde el mismo núcleo duro y piso mínimo de nuestro sistema legal, como es la Carta Magna se ordena que hay que proteger al consumidor, ello implica que Los Proveedores deben cumplir con las obligaciones que tienen frente a los consumidores.

Y, en el caso que pretendan justificada y legalmente no cumplir con alguna de sus prestaciones frente a los consumidores es que deberán justificarlo específicamente.

Es decir, que para no cumplir con sus obligaciones, deben exponer y probar la causa justificada.

Ergo: No hay Des-obligación sin causa (del Proveedor frente al consumidor) (13).

4) La regla del "Perjuicio Sustancial".

4.1) En nuestra opinión, en todo el derecho en general y en el Derecho de Seguros en particular, para que un Proveedor pueda justificadamente dejar de cumplir frente al consumidor, debe existir un perjuicio sustancial.

4.2) Ello significa que cualquier incumplimiento no resulta causa justificada para que el Proveedor deje de cumplir con el consumidor.

En forma analógica al excesivo rigorismo formal, donde cuestiones que no son sustanciales, no pueden hacer perder un derecho, es que en el caso sub examine ocurre algo semejante, dado que el proveedor debe justificar y probar el perjuicio sustancial que alega, para poder -legalmente- dejar de cumplir con sus prestaciones frente al consumidor.

4.3) Así, de la misma manera que no se puede alegar la nulidad por la nulidad misma, en nuestra opinión la compañía de seguros no puede des-obligarse sin causa (14), es decir: no puede pretender la desobligación, por la desobligación misma, si no tiene un perjuicio importante.

Ello implica que no alcanza que se alegue un incumplimiento de alguna carga u obligación del asegurado, sino que -además- tiene que acreditar el perjuicio sustancial que habría sufrido (15).

4.4) Concretamente: si existe un incumplimiento del asegurado, pero no hay perjuicio sustancial para la aseguradora, la compañía de seguros no puede liberarse de sus obligaciones.

5) La aplicación en el ámbito del derecho de seguros.

5.1) La pauta del perjuicio sustancial es ampliamente aplicada en la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos, con la denominación de substancial prejudice rule (16) como aconteció en el leading case "Foundation Reserve Ins. Co. vs. Esquibel" (17), donde se estableció que la "substantial prejudice rule" determina que la aseguradora debe demostrar un perjuicio sustancial, de manera tal, que no alcanza que exista un incumplimiento del asegurado, para que pueda eximirse de su responsabilidad.

5.2) Dichas pautas se aplicaron, por ejemplo, en casos donde el asegurado violó la cláusula Consent-to-Settle donde se establece que el asegurado no puede llegar a un acuerdo transaccional con la contraparte, sin que exista una previa aceptación de la compañía de seguros (caso "Robert Oil Company vs. Transamerica Insurance Company") (18).

5.3) Esta lógica pauta interpretativa es aplicada en la Jurisprudencia de los Estados Unidos, para distintos casos de incumplimientos de los asegurados pero que no le causaron un perjuicio sustancial a la compañía de seguros, como puede ser el caso de falsas declaraciones o la reticencia del asegurado, según se desprende del fallo "Eldin vs. Farmers Alliance Mutual Company" (19), o no cumplimiento de regla de consent-to-settle (20), como sucediera en los casos "State Farm Mutual Automobile Insurance Company vs. Russell Fennema" (21) o "Mid Mountain Contractors Inc. vs. American Safety Indem. Company" (22); etc.

5.4) Con relación a la aplicación en nuestra legislación, si bien excede los límites del presente trabajo, es que la regla referida a que no existe des-obligación sin causa, claramente se puede aplicar a distintas situaciones, como podrían ser el incumplimiento de: (i) cargas legales (art.115 de la Ley de Seguros); (ii) de caducidades convencionales (Art. 36) (23); (iii) denuncia tardía (24) del siniestro (25) (iv) reticencia (26); (v) agravación del riesgo; (vi) falta de pago de la prima; (vii) etc.

6) Conclusiones.

Por todo lo antes expuesto, es que nuestras conclusiones son las siguientes:

6.1) De acuerdo a las mandas de la Constitución Nacional (art. 42); los Tratados Internacionales (art. 75, inciso 22 de la Carta Magna); art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor; arts. 1º, 2º, 988 y concordantes del Código Civil y Comercial, es que actualmente se aplica el Nuevo Principio Legal que determina que No hay des-obligación sin causa (del Proveedor frente al consumidor).

6.2) En el caso de un incumplimiento del consumidor en virtud del cual el Proveedor pretenda desobligarse legalmente, es que deberá demostrar en forma fehaciente la existencia de un perjuicio sustancial.

Notas al pie.

* SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial (y su relación con la Responsabilidad Civil ,el Derecho del Consumo, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales), Capítulo IV: Los Nuevos Principios y el Código Civil y Comercial; subcapítulo .IV.2) Segundo Principio: No hay Des-Obligación sin causa (de las Compañías de Seguros frente a los consumidores de seguros), páginas 201 a 211, Editorial La Ley, Agosto de 2016.

(1) ALTERINI, Atilio Anibal; "Responsabilidad Objetiva derivada de la generación de confianza", en Derecho de Daños (Segunda Parte), página 557, donde con referencia al "favor debilis", afirma que "...en los contratos en que una de las partes tiene 'superioridad técnica', se entiende que la otra se halla en 'inferioridad jurídica'...", Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1996.

(2) ALEXY, Robert; Teoría de los Derechos Fundamentales, página 125, traducido por Carlos Bernal Pulido; Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008.

(3) LEDESMA, Alejandro Lionel; "Etica judicial e interpretación previsor de la Constitución", donde nos recuerda que la palabra deontología deriva del griego deon, que significa deber, publicado en el Diario 'La Ley' página 3 de fecha 19 de Enero de 2016.

(4) www.rae.es.

(5) ALEXY, Robert; Teoría de los Derechos Fundamentales, página 67, acápite 2 "Los Principios como Mandato de Optimización", donde explica que "...los Principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes...", traducido por Carlos Bernal Pulido; Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008.

(6) VERGARA, Leandro; "Crítica a la teoría de la ponderación alexiana", donde se realiza un interesante y profundo análisis del tema, publicado en el Diario 'La Ley', de fecha 16 de Agosto de 2013.

(7) NEGRI, Nicolás; "El nuevo Código y los Valores jurídicos", donde señala que los Principios "...pertenecen al ámbito deontológico...", y agregando luego que "...los valores, en cambio, son ubicados dentro de los conceptos axiológicos...", publicado en el Diario 'La Ley', página 2, de fecha 21 de Enero de 2016.

(8) LORENZETTI, Ricardo Luis; Consumidores, Capítulo Segundo "Fuentes y Futuro del Derecho del Consumidor"; Acápite II "Prioridad de la Constitución", páginas 44 y 45, Segunda Edición Actualizada, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

(9) SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial (y su relación con la Responsabilidad Civil ,el Derecho del Consumo, la Constitución Nacional y

los Tratados Internacionales), Capítulo I.- Consumidores y el Código Civil y Comercial; subcapítulo .I.1) "El Bloque Legal de Derecho de Consumo", páginas 32 a 145, Editorial La Ley, Agosto de 2016.

(10) LARENZ, Karl; Derecho Justo (fundamentos de ética jurídica), traducción de Luis Díez-Picazo, página 32, donde determina que "...los principios jurídicos son pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible...", Editorial Civitas, Madrid, España, 1995.

(11) GARRIDO CORDOBERA, Lidia; "Aplicación de los Principios de No Regresión, de Solidaridad y 'Pro Homine'", donde con gran profundidad señala que "...hace tiempo que sostenemos la obligatoriedad de la observación de los Principios Generales del Derecho, por su capacidad para guiar racionalmente la solución de los problemas...", y luego agregan que "...creemos que ellos no atacan, sino que fortalecen la seguridad jurídica de todo el ordenamiento, brindando coherencia y sentido al sistema..." (la letra en negrita, es nuestra), publicado en el Diario 'La Ley' de fecha 12 de Diciembre de 2014.

(12) LORENZETTI, Ricardo Luis; Consumidores, Capítulo Segundo "Fuentes y Futuro del Derecho del Consumidor"; Acápites II "Prioridad de la Constitución", páginas 44 y 45, donde enseña con realción al "...Principio Protectorio de rango constitucional...", que "...en los casos que se presentan colisión de normas, es importante tener en cuenta que no es la ley, sino la Constitución Nacional, la que es fuente principal del Derecho Consumerista...", Segunda Edición Actualizada, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.

(13) SOBRINO, Waldo; Seguros y el Código Civil y Comercial (y su relación con la Responsabilidad Civil, el Derecho del Consumo, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales), Capítulo IV: Los Nuevos Principios y el Código Civil y Comercial; subcapítulo .IV.2) Segundo Principio: No hay Des-Obligación sin causa (de las Compañías de Seguros frente a los consumidores de seguros), páginas 201 a 211, Editorial La Ley, Agosto de 2016.

(14) Algo análogo afirmaba Isaac Halperín con relación a la culpa del asegurado. En efecto, en la nota de elevación del Proyecto de Ley General de Seguros (de fecha 9 de Junio de 1959), en el acápite IV, sostenía que se eliminaba la causal de liberación de la Aseguradora, cuando el asegurado hubiera actuado con culpa, si la misma no influía en el siniestro. Agregando que ello era "la aplicación de las reglas corrientes en materia de incumplimiento de obligaciones"; y en el caso que la conducta culposa, tuviera alguna vinculación con el siniestro, la prestación de la Aseguradora, solamente se veía disminuida, en la proporción de dicha influencia (Ver: HALPERIN Isaac; Ley General de Seguros, página 7, Edición Oficial del Ministerio de Educación y Justicia; Subsecretaría de Justicia, 1959).

(15) RESTON, Angel; "Consideraciones prácticas acerca de las cláusulas de exclusión de cobertura", página 4, donde con relación a las "exclusiones de cobertura" señala que "...será necesario que (la Aseguradora) justifique la inclusión de dicha cláusula en base al análisis económico y técnico que subyace al contrato de seguro...", publicado en el Diario 'La Ley', de fecha 2 de Marzo de 2007.

(16) KEETON, Robert E. - WIDISS, Alan I.; Insurance Law (a guide to fundamental principles, legal doctrines and commercial practices), página 765, West Publishing Co. Minnesota, Estados Unidos, 1988.

(17) "Foundation Reserve Insurance Company vs. Esquibel"; Suprema Corte de Nuevo Mexico, Estados Unidos (94 N.M. 132, 134, 607 P.2d 1150, 1152 -1980-), donde se sentenció que "...the substantial prejudice rule provides that an insurer 'must demonstrate substantial prejudice as a result of a material breach of the insurance policy by the insured before it will be relieved of its obligations under a policy'...".

(18) "Robert Oil Company vs. Transamerica Insurance Company", Suprema Corte del Estado de Nuevo Mexico, Estados Unidos (113 N.M. 745, 833 P.2d 222 -1992-), donde se determina que "...we hold that for an insurer to justify foreclosing an insured's right to underinsured motorist benefits, the insurer must demonstrate it was substantially prejudiced by the insured's breach of the consent-to-settle provision...".

(19) "Eldin vs. Farmers Alliance Mutual Company", Suprema Corte del Estado de Nuevo Mexico, Estados Unidos (119 N.M. 370, 890 P.2d 823 -Ct. App. 1994-), donde se establece que "...we extended the substantial prejudice rule in Roberts Oil to cover an insured's breach of misrepresentation and concealment provisions...".

(20) Lawyers Weekly USA; "Insured failed to get Insurer's Consent to Settlement; Insurer must show prejudice", en los autos caratulados "State Farm

Automobile Insurance Company vs. Fennema", N° 28.626, de fecha 28 de Marzo de 2005, donde la cláusula de la póliza establecía "...any insured who, without (State Farm's) written consent, settles any person...who may be liable for the bodily injury or property damage...", publicado con fecha 23 de Mayo de 2005.

(21) "State Farm Mutual Automobile Insurance Company vs. Russell Fennema", de la Suprema Corte del Estado de Nuevo Mexico, Estados Unidos, donde se afirma que "...the rationale for the rule is that failure by an insurer to show substantial prejudice by an insured's breach will frustrate the insured's reasonable expectation that coverage will not be denied arbitrarily..."; Opinion n° 2005-NMSC-010, de fecha 28 de Marzo de 2005.

(22) Ver: "Directors and Officers Professional Liability 2012"; "Consent", "Mid Mountain Contractors Inc. vs. American Safety Indem. Company", donde se determina "...the court held that, where an insured breaches a cooperation or no-voluntary payment clause of an insurance policy, the insurer is not relieved of its duties under the insurance policy unless it can show that the failure to cooperate or the voluntary payment caused it actual and substantial prejudice..."; publicado en www.troutmansanders.com.

(23) Lawyers Weekly USA; "Insured failed to get Insurer's Consent to Settlement; Insurer must show prejudice", en los autos caratulados "State Farm Automobile Insurance Company vs. Fennema", N° 28.626, de fecha 28 de Marzo de 2005, donde la cláusula de la póliza establecía "...any insured who, without (State Farm's) written consent, settles any person...who may be liable for the bodily injury or property damage...", publicado con fecha 23 de Mayo de 2005.

(24) LEVIN, Jay M.; en Property Insurance Litigator's Handbook, bajo la Coordinación de Leonard E. Murphy; Andrew B. Downs and Jay M. Levin; Capítulo 3.04 'Strategic Issues and where to file', donde con relación a la denuncia tardía del asegurado ('late notice'), informan que "...New Jersey requires that an insurer prove it was prejudiced by late notice of a property loss...". Es decir, que para que la Aseguradora pueda pretender rechazar un siniestro, en Nueva Jersey se requiere que la Aseguradora pruebe que fue perjudicada por la denuncia tardía de la pérdida, página 94, American Bar Association, Chicago, Estados Unidos, 2007.

(25) NOVETSKY, Zachary - SCHIFFER, Larry; "Late Notice", en "50 Reinsurance cases every Risk Professional should now (and analysis of the Top 50 Reinsurance cases and their implications", página 19, publicado en irmi.com, 2014.

(26) SOBRINO, Waldo; Consumidores de Seguros, Acápito III.2 "Art. 5: Reticencia", páginas 449 a 472, Editorial La Ley, Buenos Aires. 2009.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 19 DE JUNIO DE 2017

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.1, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.2, Ley 340 Art.499, Constitución Nacional Art.42, Constitución Nacional Art.75, LEY 17.418, Ley 24.240, Ley 24.449*

Procesos en materia de consumo

BRAMUZZI, GUILLERMO CARLOS

Publicación: www.saij.gob.ar, 18 DE MAYO DE 2017

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA-CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

TEXTO

Introducción.

Tomando como objeto de estudio los procesos en materia de consumo, en adelante presento un análisis de los aspectos procesales que se desprenden de la Ley de Defensa del Consumidor (L. N° 24.240 y modificatorias), que tienen un impacto directo en nuestra práctica judicial. Previo a ello, es importante destacar que se han sancionado normas a nivel nacional (Ley 26.993) y en el ámbito de nuestra Provincia de Córdoba (Ley N° 10.247), que regulan procedimientos que funcionan en sede administrativa dentro del ámbito de la autoridad de aplicación de cada norma. La primera de ellas regula el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) que funciona en el ámbito de la autoridad de aplicación nacional y asimismo prevé la creación de un Fuero Nacional en las Relaciones de Consumo (art. 41 y sgtes.), debiendo las provincias que pretendan su aplicación, adherir expresamente a dicha ley (art. 77). Por su parte, la norma provincial citada se ocupa de los principios y reglas en materia de políticas públicas, facultades de la Autoridad de Aplicación, procedimiento administrativo y trámite recursivo judicial, tendientes a lograr una mejor implementación y una mayor efectividad en el territorio de la Provincia de Córdoba de los derechos de los consumidores y usuarios. No obstante y más allá de la importancia de éstas normas y del impacto que tienen en el marco del proceso judicial -sobre todo por las instancias recursivas que en ellos se regulan-, lo que aquí propongo es un recorrido por el proceso individual y colectivo en materia de consumo, todo lo cual se desprende de los postulados de la Constitución Nacional y de la Ley 24. 240.

En este orden, el presente trabajo transita el estudio de los aspectos vinculados a la legitimación, a la competencia, al trámite aplicable y a la actividad probatoria, tanto desde la faz individual, como desde faz colectiva, intentando reflejar las principales referencias doctrinarias y jurisprudenciales en la materia.

Asimismo y atento la relativa juventud de la materia consumeril, propongo un breve repaso introductorio por sus conceptos fundantes. Ello nos permitirá entender en donde estamos situados como operadores jurídicos actuantes de éste derecho.

Orígenes y antecedentes.

I.- Orígenes del Derecho del Consumidor.

Si quisiéramos situar el nacimiento del Derecho del Consumidor en la historia, quizás debiéramos remontarnos a los orígenes más antiguos del hombre. Sin embargo los factores desencadenantes de su nacimiento como disciplina autónoma los encontramos en la masificación de la producción y el consumo. Su formulación, pues, "dimana directamente de necesidades sociales recientes, provocadas por tecnologías sofisticadas y mercados ampliados, surgidos como resultado del desarrollo posterior a la segunda guerra mundial" (Benjamín, citado por Frascchetti, 2009, p. 17).

Concretamente el tratamiento de los derechos de los consumidores como un objeto específico de estudio y regulación normativa especial, empezó a desarrollarse en el mundo jurídico en la década de 1960. Hasta aquel momento imperaban ciertas doctrinas que obstaculizaban su acaecimiento. En este sentido, los incipientes estados nacionales del siglo XIX, impregnados de un efervescente liberalismo heredado de la revolución francesa, asumieron un rol garantizador de libertades individuales y por ende, con mínimas intervenciones en el entramado social que se trasladaría a las relaciones de consumo, en las que por hipótesis consumidor y empresario se encontraban en igualdad de condiciones. Precisamente el Código Napoleónico, hizo sentir su influencia en todos los países del civil law, resaltando la autonomía de la voluntad y la no injerencia del Estado en las relaciones de los particulares, entre ellas, las relaciones es de consumo.

Esta fisonomía que asumían los contratos privados, eran coherentes con un contexto en el que en el tráfico comercial, el contrato, resultaba previamente negociado, discutido y acordado en forma detallada. Es por ello que el derecho sólo debía intervenir para asegurar que la voluntad manifestada fuera

libre y rodear de garantías a los acuerdos celebrados entre particulares.

No obstante y como más arriba lo afirmé, a partir de la masificación de la producción y el consumo, se empezaron a evidenciar situaciones en las que el consumidor resultaba víctima de abusos a raíz de su posición de inferioridad en un mercado que se tornaba complejo y altamente diversificado. Esta creciente vulnerabilidad a la que estaban expuestos, estaba poniendo en riesgo a la propia economía de mercado, pues en definitiva éste se (retro) alimenta y se dinamiza en la medida de los consumidores. Por ello, como advierte Farina (2000), el movimiento consumerista no es una revuelta contra el mercado; al contrario, es una corriente a favor del mercado. Pero para que así sea, se impone la corrección de los desvíos que amenazan la confiabilidad y estabilidad de las relaciones de intercambio. De allí el imperativo de revisión profunda de todo el modelo jurídico que, directa o indirectamente, fomentó, permitió o simplemente legitimó tales fallas económicas (p. 15).

Del mismo modo, la circulación masiva de bienes y servicios trajo aparejada modificaciones en las modalidades de formulación de la oferta y contratación de los mismos. La mayor rapidez en las transacciones originó que la oferta fuera lanzada a un número indeterminado de posibles contratantes. A su vez las formas tradicionales de contratación, en materia de contratos de consumo, fueron sustituidas por formas contractuales por adhesión en las que las conversaciones previas entre las partes contratantes y las cláusulas negociadas cedieron su lugar a cláusulas predispuestas por el empresario o proveedor que resultaba la parte más fuerte en la contratación. Todo ello derivó en una perturbación social y económica que demandó al derecho regulaciones específicas que contemplaran estas situaciones y brindara protección a la parte débil de éstas relaciones jurídicas.

Asimismo el inicio de ésta materia no fue uniforme en los distintos países. En términos globales Benjamín (Citado por Frascchetti, 2009) afirma que mientras en EE.UU. la aparición del Derecho del Consumidor se desarrolla a partir de una perspectiva individualista y reparadora (protección del individuo - consumidor hasta llegar a cubrir el público-consumidor), en Europa la evolución se produce como un esfuerzo mucho más por cautelar al público de una manera general que propiamente para reparar los daños sufridos por consumidores individuales (p. 6).

Aunque en el civil law se partió de otros presupuestos que en el common law, cabe destacar que en ambos sistemas la finalidad fue la misma, la protección del consumidor desde un punto de vista netamente represivo.

Actualmente el carácter eminentemente preventivo que ha asumido el Derecho del Consumidor se traduce en la creación de organismos especializados. Así, la Ley de Defensa Del Consumidor N° 24.240 y sus modificatorias, establecen como autoridades de aplicación: a) a nivel Nacional a la Secretaría de Comercio Interior; b) y los gobiernos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias para el control y la regulación del cumplimiento de la ley en los hechos cometidos en su jurisdicción. Por su parte, en la provincia de Córdoba, conforme la novel legislación en materia de consumidores y usuarios N° 10.247, se establece como autoridad de aplicación a la Dirección General de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial dependiente del Ministerio de Industria, Comercio, Minería y Desarrollo Científico Tecnológico de la Provincia de Córdoba (art. 9 Ley 10.247).

Legislación Argentina.

En Argentina, la protección del consumidor se desarrolló a través de disposiciones dispersas incluidas en la Ley de Defensa de la Competencia N° 22.262, la Ley de Lealtad Comercial N° 22.802, la Ley de Metrología Legal N° 19.511, el Código Alimentario Argentino Ley N° 18.284 y otras normas especiales de protección. Como se puede observar, la protección se hacía de forma indirecta, sin asumir el consumidor y las relaciones de consumo, la autonomía suficiente que justificara un desarrollo normativo propio. Finalmente, la concreción de un sistema de defensa del consumidor ocurrió el 22 de septiembre de 1993, con la sanción de la Ley 24.240 de Defensa del

Consumidor (en adelante LDC).

A la par de dichos cambios, en el año 1994, con la Reforma Constitucional, los derechos de los consumidores adquirieron rango constitucional al ser incluidos en el capítulo II "Nuevos derechos y garantías" (Art. 36 y sgtes., Constitución Nacional). Este fue el gran hito a partir del cual se generó un cambio drástico en el derecho privado: la inclusión de los derechos de los consumidores y usuarios en nuestra Carta Magna.

De a poco, la doctrina y la jurisprudencia fue tomando conciencia de la magnitud que el art. 42 de la Constitución Nacional implicaba en el derecho toda vez que ello significa que en aquellos casos que presentan colisión normativa debe tenerse en cuenta que no es la ley sino la Constitución Nacional la que resulta ser fuente principal del derecho consumerista y, por tanto, frente a cualquier contradicción entre normas de derecho común y la Ley de Defensa del Consumidor, se aplica esta última.

Las normas de defensa del consumidor que ingresan en el Código Civil y Comercial.

Desde el inicio del Código Civil y Comercial el Derecho del Consumo está presente. Así, partiendo del "Título Preliminar" existen tres normas que hacen referencia a él. Recordemos que en el Título Preliminar se establecen las reglas directrices de todo el sistema unificado.

Allí encontramos el artículo 7 que hace alusión a la eficacia temporal de las leyes. Aquí, si bien se reproducen los mismos lineamientos que del art. 3 del Código Civil derogado, en su último párrafo se establece que las nuevas leyes supletorias son aplicables a las relaciones de consumo en curso de ejecución en caso de resultar más favorables al consumidor.

En relación a este tema, surge de los fundamentos del Anteproyecto del Código que "si una reforma legislativa altera los preceptos supletorios de un contrato dado, los contratos en curso deben ser juzgados por la vieja ley, que forma parte de ellos; en realidad, lo que se respeta no es la vieja ley, sino la voluntad de las partes. Sin embargo, tratándose de una relación de consumo, particularmente cuando el contrato es de duración, cabe descartar la presunción de una voluntariedad "común" sobre la remisión a las normas supletorias vigentes. Por ello, dado que es de presumir que la nueva ley mejora según lo justo la derogada y que el legislador la sanciona de acuerdo a lo que parece más razonable según los cambios sociales o las prácticas negociales, procurando interpretar lo que hubieran con justicia pactado las partes de haberlo previsto, parece conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida en el sentido que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor"(Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, pag. 15 y 16).

A su vez, en los artículos 11 y 14 encontramos la regulación de la posición dominante en el mercado y los derechos de incidencia colectiva, respectivamente.

Dentro del Libro Tercero "Derechos Personales", en el Título II "Contratos", Capítulo 3° "Formación del consentimiento" encontramos la Sección 2° que, en los arts. 984 a 989, se regula sobre los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas.

A su turno, en el Capítulo 12°, en los arts. 1073 a 1075, se legisla a los contratos conexos.

Posteriormente, el Código unificado dedica a los Contratos de Consumo el título III del Libro Tercero. De este modo, bajo el título "Contratos de consumo", la novel legislación civil y comercial regula a partir de los arts. 1092 al 1122 aspectos referidos a la relación de consumo, a la formación del consentimiento, modalidades especiales y cláusulas abusivas.

En los "Fundamentos" se explica la decisión de seguir un método diferente al del Proyecto de Código Civil de 1998 que en la definición de contrato especificaba cinco subtipos (art. 899), distinguiéndose entre el contrato discrecional, predispuesto, condiciones generales y celebrado por adhesión. Por el contrario, ahora se proponen tres títulos dentro del Libro Tercero: 1º) Contratos en general; 2º) Contratos de consumo y 3º) Contratos en particular. De esta manera, "corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de los contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo) y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general" (Fundamentos: p. 117).

Por otro costado y dentro del Libro Tercero, en el Título IV "Contratos en particular", Capítulo 12º titulado "Contratos bancarios", encontramos la Sección 1ª que, en su Parágrafo 2º, arts. 1384 a 1389 del CCCN se legisla sobre los contratos bancarios con consumidores y usuarios.

A su vez, en los arts. 2100 y 2111 del Código Civil y Comercial (Libro Cuarto "Derechos Reales", Título VI "Conjuntos inmobiliarios") se norma sobre las relaciones de consumo en tiempos compartidos y cementerios privados.

DERECHO DEL CONSUMIDOR.

A los fines de un acercamiento propedéutico a la materia, es necesario definir brevemente el concepto de consumidor y de relación de consumo, pues nos permitirán establecer un límite y encorsetar allí a las relaciones o hechos jurídicos que sean consideradas "relaciones de consumo" sujetos, en consecuencia, al régimen tuitivo que establece el Estatuto del Consumidor. Los derechos que sean conculcados en ese marco, son los que se vehicularán judicialmente a través de los mecanismos que la norma objeto de análisis regula. Precisamente y como lo venimos destacando, el derecho del consumidor surge ante la necesidad de brindar un resguardo especial a aquellos que protagonizan o transitan una relación de consumo, ante la evidente desigualdad en la que se encuentran frente a un proveedor profesional de bienes o servicios. Esta inequidad se refleja en el aspecto técnico y económico, todo lo cual tiende a desvirtuar los términos de la relación negocial en perjuicio del consumidor, siendo necesarias las previsiones legales a la que me he referido en pos de equilibrar estas vinculaciones jurídicas tan frecuentes.

El derecho del consumo se encarga desde el punto de vista subjetivo del consumidor. Es decir del sujeto pasivo de la relación de consumo. La persona humana o jurídica que adquirente de los bienes, el usuario de los servicios, el espectador publicitario, etc. Desde el punto de vista objetivo, se ocupa de la relación de consumo entendida como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario (art. 3 LDC). Este es el verdadero objeto del Derecho del Consumidor. En este sentido, podemos definir al Derecho del Consumidor como el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan y protegen al consumidor en la relación jurídica de consumo, de carácter preventivo y contemporáneo a la producción masificada. Dado el carácter disciplinario y global que asume esta materia, Ruben y Gabriel Stiglitz (2009) expresan "(...) el derecho del consumidor es un sistema global de normas, principios, instituciones y medios instrumentales consagrados por el ordenamiento jurídico, para procurar al consumidor una posición de equilibrio dentro del mercado en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios en forma masiva"(p. 13).

DEFINICIÓN DE CONSUMIDOR.

Como concepto actual, el consumidor es toda persona humana o jurídica (hombres - mujeres - entidades - instituciones - empresas) que, en virtud de un acto jurídico oneroso o gratuito, adquiere, disfruta o utiliza bienes, o servicios como destinatario final y no con fines comerciales (de intermediación), ni industriales (de transformación). Ya con la reforma introducida por la ley 26.361 y actualmente mediante la modificación introducida con la entrada en vigencia del CCCN a través de una mejorada

redacción del artículo primero, quedan equiparados a la categoría de consumidor aquellos que 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. Es decir a cualquier persona que está expuesto a una relación de consumo. Y, en algunos supuestos, las empresas pueden revestir la calidad de consumidores(1).

De esta definición y de las novedades introducidas en el CCCN, podemos distinguir distintas clases de consumidores, así:

El consumidor directo: el art. 1092 CCYC lo conceptualiza como: "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".

El consumidor indirecto: Segundo párrafo del art. 1 de la LDC y del art. 1092 del CCC: "...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".

El lenguaje utilizado por la norma es tan llano que no requiere mayores esfuerzos interpretativos. En ella, se define el concepto de consumidor en tanto sujeto destinatario del régimen tuitivo, según nos refiramos a quien ha intervenido de manera directa en el negocio jurídico fundante de la relación de consumo o a quien sin ser parte de ella, "como consecuencia o en ocasión de ella", adquiera o utilice bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa. Adviértase que la nota tipificante que define al consumidor se vincula con la circunstancia de adquirir bienes o utilizar servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. A ello debemos agregarle este régimen tuitivo, regula situaciones que se desarrollan tanto en el marco del contrato de consumo como fuera del mismo pues, una noción acotada de la relación de consumo dejaría sin poder considerar supuestos expresamente contemplados por la legislación. (Lorenzetti, 2015).

El consumidor expuesto: El art. 1096 del CCC, que regula el ámbito de aplicación de las prácticas abusivas, al señalar que: "las normas de esta sección son aplicables a todas las "personas expuestas" a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el art. 1092".

Es decir, dentro de ésta última categoría incluimos a aquellos que, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores, están expuestos o en peligro de sufrir un daño o lesión en sus derechos, como consecuencia de una acción u omisión originada en una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes o servicios para destino final de los consumidores o usuarios. La norma, con gran dosis de realidad, comprende en su seno a prácticas comerciales cada vez más frecuentes en la vida cotidiana que "exponen" a una persona o entidad a una relación de consumo y como tal, es merecedora de protección legal. Éstas prácticas 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" (Lorenzetti, 2009:158).

PROCESOS EN MATERIA DE CONSUMO. ASPECTOS PROCESALES DE LA LDC.

El norte que orienta toda la materia consumeril es, sin lugar a dudas, la protección del consumidor en tanto parte débil en las habituales relaciones de consumo. En consecuencia, las normas de rito, en cuanto regulan aquella serie gradual, progresiva y concatenada de actos procesales encaminados a obtener una decisión jurisdiccional que restablezca el orden jurídico que se supone alterado, se tiñen -en materia de consumo- de esta particular impronta protectoria a la que nos venimos refiriendo.

Piénsese, como refieren algunos autores (Capelletti, citado por Farina, 2000),

que en la actividad judicial es común advertir la intervención de "litigantes ocasionales" (por regla general los consumidores lo son) contra los "litigantes repetitivos" (por lo general, los proveedores profesionales de servicios lo son), atento a la frecuencia de sus encuentros con el sistema judicial. Esto permite suponer entonces, que el litigante repetitivo, por fuerza de su experiencia en la actividad tribunalicia, cuenta con determinadas ventajas. Entre ellas podemos mencionar: una mejor planificación del litigio, que se traduce en la posibilidad de distribuir el riesgo entre más casos, en la utilización de mejores estrategias, en el conocimiento de criterios, etc. Es decir que, en razón de estas ventajas, el litigante organizado será, de hecho, más eficiente que el litigante ocasional. En suma, todo ello permite pensar que los procesos en materia de consumo, deben estar orientados a brindar una especial protección a aquel que por fuerza de los hechos se encuentra en desventaja -también- al momento de acceder a la actividad judicial.

Proceso individual.

Definidas las nociones básicas en la materia, a continuación pasaré a analizar los aspectos procesales que se desprenden de la norma bajo análisis, reflejando los aportes doctrinarios y jurisprudencia en la materia.

A continuación vamos a analizar lo vinculado al proceso individual en materia de consumo, es decir, aquel que se va a promover a raíz de la lesión de derechos individuales (art. 14 CCCN).

Competencia. La cuestión del pagaré de consumo.

El primer aspecto a destacar en materia procesal es el vinculado a la competencia, en tanto presupuesto procesal de admisibilidad de las pretensiones y requisito de la sentencia de fondo (Ferreyra de la Rúa A. y Gonzalez de la Vega C, 2011, p. 2). Es decir, debemos determinar quién será el juez facultado para entender en las pretensiones que los legitimados canalicen en materia de consumo. En este sentido, el art. 36 de la LDC en su último párrafo establece: "Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía.

En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario".

En primer lugar, la norma se refiere al juez que tendrá competencia para entender en los contratos regulados en ese artículo. Concretamente en el artículo que comentamos se regulan las operaciones de consumo a crédito que tienden a proteger a los consumidores que hacen uso de esta forma de pago. Es por ello que mediante la información exigida a los proveedores se aspira a posibilitar, en el marco de una compra bajo esta modalidad, que el consumidor pueda conocer el precio a crédito antes de la operación y evitar el cobro de intereses abusivos, o no previstos.

La ley indica que en toda operación de consumo en que se conceda crédito al consumidor debe consignarse los requisitos previstos en los ocho incisos de este artículo, de una forma clara y bajo pena de nulidad. Caso contrario el confiere al consumidor la facultad de demandar judicialmente la nulidad de los montos que determinan el costo del crédito.

Asimismo, debe regir esta norma, en forma supletoria, en caso de pagarse el precio con tarjetas de crédito emitidas por una entidad financiera. En este caso, es dicho emisor quien debe informar al consumidor sobre las características del mismo.

Lo cierto es que, en todas éstas hipótesis, será competente para entender en

las acciones iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el tribunal que corresponda -territorialmente- al lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. Es decir, se le otorga al consumidor, amplias posibilidades de iniciar su acción judicial con el objeto de facilitar la defensa de sus derechos. Nótese que esta norma amplifica las posibilidades del consumidor en relación a la redacción del art. 52 de la Ley 25.065 en sus diversos supuestos. Asimismo y en refuerzo de ésta disposición, el último párrafo del artículo en comentario prevé que si la acción fuere iniciada por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario. Es lo que se conoce como la prohibición de incluir cláusulas contractuales que importen una prórroga de jurisdicción en favor del proveedor. Esto es, se limita la perspectiva de determinación convencional por las partes de la competencia territorial de los Tribunales que deban conocer en caso de conflicto judicial derivado de la vinculación negocial consumerista. Precisamente se pretende evitar que la parte débil de ésta relación, tenga que afrontar altos costos casuísticos y de traslados para asumir su defensa, atento encontrarse en una situación técnica y económicamente desventajosa en relación al proveedor profesional de bienes y/o servicios. A ello cabe agregar que en caso de que en el contrato de consumo se hubiera incluido una cláusula expresa de prórroga de jurisdicción, no hará falta lograr judicialmente primero la descalificación de la misma por vía de la declaración de su nulidad, toda vez que "esa ineficacia (... además relativa porque tutela los intereses singulares del consumidor) opera directamente ministerio legis. (Picasso-Vazquez Ferreyra, 2009, p.437).

La declaración oficiosa de incompetencia en el pagaré de consumo.

Ahora bien, una cuestión procesal muy discutida en esta materia, se vincula con la ejecución judicial de títulos ejecutivos suscriptos por un consumidor como forma de garantizar el cumplimiento de una operación de naturaleza consumeril, el mentado pagaré de consumo. Se generan aquí discusiones acerca de quién sería el juez competente para entender en el cobro y ejecución de dichos títulos, en razón de que habitualmente los proveedores profesionales de bienes y servicios -por lo general entidades financieras- inician estas ejecuciones ante los jueces de su domicilio o en definitiva, ante una jurisdicción distinta de la del domicilio del consumidor en clara infracción a la normativa que comentamos. En primer lugar y partiendo de una interpretación sistemática de la norma bajo análisis, no hay dudas de que si el consumidor es demandado en otra jurisdicción que no sea la de su domicilio real, o la del lugar de celebración o la del uso o consumo, podría válidamente interponer excepción de incompetencia con sólo acreditar éstos extremos y sin necesidad de lograr la previa ineficacia del pacto de prórroga de jurisdicción incluido en el instrumentos. Pues bien, la cuestión es más compleja si el consumidor demandado se encuentra rebelde o si, en caso de comparecer, no plantea esta defensa. Se traza aquí la posibilidad de, atento al orden público que informa la legislación consumerista, declarar en forma oficiosa la ineficacia de dicha prórroga y remitirlo al tribunal competente. En general los autores coinciden que dicha declaración oficiosa se justifica, en parte por el rango de orden público que informa la legislación tuitiva de los consumidores y usuarios y, por otro costado, en que si se interpretase que el hecho de demandar ante los tribunales con sede en otro lugar distinto al del domicilio del consumidor implica solo una mera propuesta del actor para que, si el demandado la acepta, se active el desplazamiento de atribución jurisdiccional, se estaría no ante un pacto expreso sino tácito de prórroga (Picasso-Vazquez Ferreyra, 2009), todo lo cual se encuentra igualmente reñido con la disposición que comentamos.

Lo concreto es que esta postura coincidente se reflejó en fallo plenario de las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Comercial, en el cual se arribó, en forma mayoritaria, a dos conclusiones fundamentales. Por un lado que en las ejecuciones de títulos cambiarios dirigidas contra deudores residentes fuera de la jurisdicción del tribunal, cabe inferir de la sola calidad de las partes, que subyace una relación de consumo en los términos previstos en la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, prescindiendo de la naturaleza

cambiaría del título en ejecución; y que en tales casos 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. (Plenario de las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Comercial: "Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores" - CNCOM - EN PLENO - 29/06/2011).

Entre los principales argumentos de tales conclusiones, la mayoría sostuvo que la "abstracción cambiaria" ínsita en éstos instrumentos, sólo se considera en cuanto el título entra en circulación, es decir, cuando coloca en vinculación a dos personas no alcanzadas por la relación subyacente o fundamental, que no han contratado entre ellas, encontrándose una frente a otra por la sola virtud del título. Que además, el fraude a la ley que significa emitir títulos de crédito para asegurar al acreedor bancario o financiero una acción de cobro en circunscripción judicial ajena a la del domicilio real del consumidor, constituye una causa ilícita (art. 502 CC - actual art. 281 CCCN). (Plenario citado, 2011). En definitiva consideraron que la "abstracción cambiaria" debe ceder ante la especial indagación causal indicada, atento que los derechos del consumidor son una especie del género "derechos humanos" (conf. Gherzi, C. y otros, Derecho y responsabilidades de las empresas y consumidores, Ediciones Organización Mora Libros, Buenos Aires, 1994, ps. 22/23) o, más particularmente, un "derecho civil constitucionalizado" (conf. Lorenzetti, R., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 45) (Plenario: 2011).

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba se pronunció a este respecto en los autos "Banco Hipotecario S.A. c. Aguirre, María Celia y otra s/ ejecución hipotecaria - recurso directo" del 23/08/2012. En esta oportunidad una entidad bancaria promovió ejecución hipotecaria ante los Tribunales de Córdoba persiguiendo el cobro de un mutuo con garantía hipotecaria celebrado en la ciudad de Coronel Moldes. Los ejecutados, que también se domiciliaban en Coronel Moldes, plantearon excepción de incompetencia y la nulidad de la cláusula de prórroga de jurisdicción fundada en la ley de defensa del consumidor. Las instancias anteriores rechazaron el planteo y mandaron llevar adelante la ejecución. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba revocó la decisión y asignó la competencia a los tribunales del departamento judicial al que corresponde la ciudad en que se celebró el mutuo.

Recientemente la Cámara Civil, Comercial, Familia y Contencioso Administrativo de la ciudad de Villa María en Autos: "Asociación Mutual Centro Social Y Deportivo Brinkmann C/ Abatedaga, Gabriel Alejandro - Prepara Via Ejecutiva", se pronunció sobre éste asunto con motivo de un recurso de apelación interpuesto por el actor en contra de la sentencia del a quo que hizo lugar a la excepción de incompetencia interpuesta por el demandado y rechazó la demanda ejecutiva. Los agravios se centraron en la negativa del actor a aplicación de la LDC en el marco de un juicio ejecutivo, por considerar que ello importa inmiscuirse en el análisis de la causa de la obligación y en considerar excesivo rechazar la demanda por incompetencia. La Cámara, confirmó la sentencia de primera instancia en relación a los agravios vinculados a la aplicación de la LDC, invocando el precedente "Banco Hipotecario S.A. c. Aguirre" del TSJ. Luego, atiende al último agravio planteado, por considerar excesivo el rechazo de la demanda. En su lugar, dispuso remitir las actuaciones al Tribunal competente. Lo cierto es que en el marco del análisis de éste último agravio, los Magistrados consideraron que la convención de prórroga de competencia incorporada a un contrato de consumo encuadra en la tipología de cláusulas abusivas establecidas en la Resolución 53/03 dictada por la Secretaria de Defensa del Consumidor de la Nación. Que la circunstancia de que la sede del tribunal que intervino (Oliva), se encuentre 40 km más cerca que la ciudad de Río Segundo, no es un elemento suficiente para alterar las normas de orden público relativas a la competencia del tribunal con jurisdicción en el domicilio del consumidor (art. 36 Ley 24240). Que en definitiva, razones de seguridad jurídica y previsibilidad de las decisiones judiciales aconsejan no realizar distinciones según la distancia del domicilio del consumidor, como planteó el apelante.

La supuesta inhabilidad de título en el pagaré de consumo por inobservancia del art. 36 LDC.

Por otro costado y en relación a éste tópico, existe otro interrogante sobre el que existe aún más disidencia. Es que, si el art. 36 de la LDC nos precisa la información que de modo claro se debe consignar en las operaciones financieras y a crédito para el consumo, se indica que, si en la ejecución de pagarés u otros títulos con virtualidad ejecutiva librados para garantizar una operación consumeril, se advierte la falta de cumplimiento de los mentados requisitos, estaríamos frente a un supuesto de inhabilidad de título en los términos del art. 549 del CPCC. Ahora bien, el interrogante que se formula es, si corresponde ingresar al análisis de dicho trámite, pues como sostuvo el Tribunal Superior de Justicia "La autonomía de la acción ejecutiva, que se traduce en la imposibilidad de remitirse a piezas extrañas al título para extraer de ellas alguna particularidad con influencia decisiva en el documento base de la acción, ya que tal exploración sólo puede efectuarse dentro de la órbita de garantías que ofrece un proceso acorde a este tipo de cuestiones; específicamente las que concede el juicio declarativo" (TSJ sala Civil y Comercial; "Kitroser, Héctor M. c. Dinia, César W.; LLC, 2004-901, Fecha: 19/04/2004). Más resistencia aún, genera la posibilidad de declaración oficiosa de inhabilidad del título.

La Cámara de Apelaciones en Civil y Comercial Quinta de la Ciudad de Córdoba en autos "Cañete Sebastián c/ Cañada Adolfo Nemesio y otro- Ejecutivo por cobro de cheques, letras o pagares", se pronunció por la negativa a éste interrogante. Consideraron que, la admisión de defensas fundadas en la causa del libramiento desnaturaliza la finalidad económica de los documentos cambiarios, cuya literalidad y autonomía han sido establecidas no sólo para facilitar su circulación, sino para acordar al acreedor posibilidades de un cobro cierto y pronto a través del proceso ejecutivo. Que la posibilidad de indagar sobre la relación de consumo subyacente implicaría ventilar la causa de la obligación pues no se vislumbra de qué modo podemos determinar si existe una violación de los derechos del demandado consumidor si no se entra a analizar y desmenuzar la causa fuente de la obligación. Que por cierto, el 549 del CPC, no distingue si la ejecución involucra al librador del título y a su beneficiario o a terceros intervinientes en el mismo, de modo que soslayar esta disposición o hacer distinciones donde la ley no lo hace, no resulta admisible. Que, en definitiva, la inobservancia de lo dispuesto en el art. 36 de la LDC habilita que en un posible juicio de repetición, ante la falta de cumplimiento de dichos requisitos, se declare la nulidad del contrato y la devolución de lo cobrado en el juicio ejecutivo. Argumentaron que no pueden modificarse la totalidad de las normas de los títulos ejecutivos mediante el artículo en cuestión, puesto que ello viola a todas luces los estándares de razonabilidad que toda ley debe contener para ser constitucional (Votos de los Dres. Aranda y Zalazar). En este mismo sentido, se han pronunciado mayoritariamente las Cámaras Civiles y Comerciales de la Ciudad de Córdoba en cuanto a la imposibilidad de declarar oficiosamente inhábil el título (2).

No obstante y respecto a este tema, existe una postura bien antagónica y no desprovista de solidez en sus argumentos. En el mismo fallo citado de la Cámara Quinta, con voto en disidencia, el Dr. Ferrer consideró que atento al rango constitucional que hoy en día tiene la "relación de consumo" (art. 42 CN), el orden público involucrado en el ordenamiento que la regula (art. 65 LDC) y su calificada finalidad tuitiva (art. 3, 37 LDC), se infiere que éste régimen protectorio está dotado de una jerarquía superior a las leyes y cualquier subsistema legal de derecho común. Que ésta circunstancia impone al magistrado el deber inexcusable de ponderar en todo proceso judicial, "in límine litis y de oficio", los presupuestos fácticos que condicionan su aplicación, más allá de las eventuales defensas que la contraria pueda hacer valer. Sostiene que aún en el reducido marco de discusión de los procesos ejecutivos, la aplicación del ordenamiento que regula la relación de consumo es imperativa, porque su consideración integra el orden público constitucional, más precisamente, el denominado orden público económico. Que en consecuencia y, para evitar el fraude a la ley y hacer realmente efectiva la protección del consumidor, es imperativo permitir la indagación causal y

dejar de lado la abstracción cambiaria, que no es un principio legal de orden superior sino que, debe ceder cuando sea necesario para resguardar otros derechos constitucionales de mayor jerarquía. Continúa su razonamiento afirmando que cuando se está en presencia de una relación de consumo, es inaplicable el régimen cambiario en todo lo que le resulte incompatible siendo deber del ejecutante relatar en su demanda todos los hechos y circunstancias necesarias para desvirtuar la presumida relación de consumo. De lo contrario, deberá alegar y ofrecer toda la prueba útil para demostrar que no obstante ello, su título es ejecutivamente exigible, por haber dado cabal cumplimiento a todos los requisitos del art. 36 de la LDC respecto de la relación de consumo subyacente. Agrega en definitiva que, es el juez quien, de oficio, debe realizar en cada caso en particular y de manera liminar a la traba de la litis, un auténtico "test de consumo" a los fines de determinar, si conforme a las circunstancias subjetivas y objetivas ya reseñadas, se puede o no presumir una relación de consumo subyacente al proceso de ejecución.

En esta tesitura se inscribe también un fallo de la Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en autos "Banco Macro S.A. c/ Correa Ruben Dario- Ejecutivo" (Sent. 15/09/2015). Más aun, en éste pronunciamiento se advierte una postura todavía más enérgica, pues consideraron que el aludido "pagaré de consumo", asume una cualidad y notas características que impiden -aun cumpliendo los recaudos del art. 36 de la LDC- que pueda lograrse su cobro por medio del juicio ejecutivo, rechazando en consecuencia su ejecución por haberse optado por dicho trámite. Para así decidir, los magistrados consideraron que en el juicio ejecutivo sólo se encuentran contempladas las excepciones previstas por el art. 542 de su norma de rito (defensas formales), faltando las propias defensas que se pueden plantear en el marco de una relación de consumo. Sostuvieron además que el juicio ordinario posterior (art. 551 del C.P.C.) prevé la discusión causal previo cumplimiento de la sentencia ejecutiva y pago de las costas del proceso, lo que implicaría imponer al consumidor una postergación onerosa en perjuicio de su derecho a un procedimiento eficaz para la solución del conflicto (art. 42 de la Constitución Nacional). Por último estimaron que atento no estar legislada la figura del "pagaré de consumo", y hasta tanto no se regule una vía procesal que permita el margen de discusión que la temática exige, no existe la posibilidad de exigirse el cobro ejecutivo de los pagarés creados con todos los recaudos del art.36 de la L.D.C.

En el mismo andarivel se inscribe un reciente fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial de Apelaciones, Sala C, en autos "Banco Santander Río S.A. c. Vera Valladares, Daniela Alexandra s/ejecutivo"(Sent. Del 21/12/2016). En esta oportunidad en el marco de la ejecución de un pagaré que instrumentaba un préstamo bancario otorgado para refinanciar tarjetas de crédito, la sentencia rechazó la excepción de inhabilidad de título opuesta y mandó llevar adelante la ejecución. Apelado el decisorio, la Cámara admitió la defensa citada y rechazó la demanda. Para así resolver, la Cámara consideró que la excepción de inhabilidad de título debe admitirse en la ejecución de un pagaré que instrumenta un préstamo bancario otorgado para refinanciar tarjetas de crédito, si falta todo dato en la documentación acompañada que permita estudiar la plataforma fáctica que dio origen al crédito invocado, pues la causa de la obligación, en estos casos, puede y debe ser indagada a esos efectos, sin que obste lo dispuesto por el art. 544, inc. 4 del Código Procesal -en cuanto obsta a debatir aspectos vinculados con la causa de la obligación que se ejecuta-, cuya aplicación cede frente a la prelación normativa que imponen los arts. 1094 del Código Civil y Comercial y 3° de la ley 24.240. Agregan que la ejecución de un título ejecutivo nunca puede ser invocada como argumento para desplazar la aplicación de las normas que rigen el derecho del consumidor. Esas normas son de orden público (art. 65, LDC) y por ende, es su aplicación la que posterga las normas de derecho procesal que hubieran resultado aplicables al caso. Asimismo, sostuvieron que estas conclusiones no importa descartar la vía del proceso ejecutivo cuando se dirige en contra de un consumidor, pero sí importa afirmar que él (ese juicio) se encuentra condicionado a que los hechos del caso no exijan una investigación incompatible con el trámite de este juicio. Que en cualquier caso, resulta claro que el actor debe aportar los elementos documentales suficientes como para permitir que el juez verifique el efectivo cumplimiento de las referidas normas consumeriles que en cada caso resulten aplicables.

Desde esta perspectiva, afirmaron que lo dispuesto en el art. 544, inc. 4º, del Código Procesal no puede ser alegado para impedir que el Tribunal indague en qué condiciones haya sido otorgada la relación sustancial en el título que sirva de base a una ejecución.

En definitiva, la discusión sigue abierta. En particular, adhiero a la postura que se refleja en el voto del Dr. Ferrer transcripto supra. Entiendo que no se trata aquí de desnaturalizar la obligación cambiaria sino redimensionar los límites que el nuevo ordenamiento consumeril le asigna a la "obligación cambiaria de consumo" que necesariamente se proyecta con un fin claramente tuitivo y la visión que se propugna se encuentra dirigida a garantizar con efectividad esa protección, para que ese derecho no sea pura declamación o se torne ilusorio. En este sentido, debe advertirse que la hermenéutica dirigida a conciliar las diferentes normas que integran nuestro sistema jurídico es una de las pautas de interpretación introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación, conforme a las cuales debe efectuarse una valoración sistémica del todo el ordenamiento en su conjunto, donde prime la "razonabilidad" pero sobre todo "el sentido común" (arts. 1, 2 y 3 CCCN) (CC Villa María: "Asociación Mutua": 2017).

Trámite.

El trámite previsto para este tipo de juicios, se encuentra regulado en el art. 53 de la LDC. Reza la norma citada en su primer párrafo: "Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, 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".

Como se advierte, en busca de la celeridad del proceso, la disposición bajo estudio prevé que el trámite se rija por las normas de conocimiento más abreviado vigente en la jurisdicción respectiva. La naturaleza dinámica de las relaciones de consumo, impone en principio, la necesidad de un trámite judicial expeditivo. No obstante y ante la eventual complejidad que pueda asumir una causa, la norma en comentario confiere la posibilidad, a pedido de parte, de optar por un juicio de conocimiento más amplio, con mayores plazos y mayores oportunidades de conocimiento y prueba. Es que aun cuando la rapidez y la simplicidad de las formas que caracterizan este trámite, lo convierten en una herramienta idónea para ofrecer una respuesta rápida de la justicia a los consumidores, "no puede perderse de vista que, en determinadas situaciones, cuando se trata de conflictos complejos que requieren un mayor ámbito de deliberación, un procedimiento abreviado podría volverse perjudicial para el consumidor". (Picasso-Vazquez Ferreyra, 2009 p. 658) Nótese que lo valioso de esta norma es que permite al juez, en su carácter de director del proceso, determinar ante una petición expresa de las partes, el proceso que garantice el derecho de defensa en juicio.

Sobre este aspecto hubo un interesante pronunciamiento en nuestra provincia. El interrogante que nos planteamos es, qué ocurre si queremos encausar nuestra pretensión por el trámite del juicio ordinario y el Tribunal decide lo contrario. Esta situación puede acarrear importantes consecuencias, pues conforme nuestra norma de rito, la prueba debe ofrecerse con la demanda bajo pena de caducidad (art. 507 CPCC), con lo cual no resultaría inocua una decisión en este sentido. En los autos "Gimenez, María Ines C/ Jumbo Retail Argentina S.A. - Abreviado - Recurso De Apelacion" de la Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, el letrado de la parte actora recurrió el decreto del aquo que impuso trámite abreviado a su demanda, no obstante haberla encabezado como "demanda ordinaria" y peticionar la aplicación de dicho trámite. Llegadas las actuaciones a la Cámara, ésta sostuvo que de haberse mantenido la decisión impugnada, la parte actora no hubiera tenido posibilidad de ofrecer prueba, dado que la oportunidad para ello en el juicio abreviado es con la demanda, bajo pena de caducidad. Que la accionante, al encarar su pretensión bajo el ropaje de "demanda ordinaria" no ofreció prueba y que además, la contraria aún no estaba anoticiada de la causa, con lo cual no existía derecho adquirido de su parte, a un trámite en

particular. Por ende, y para garantizar el ejercicio del derecho de defensa de la interesada, y no causándose perjuicio a la contraria, es que considero que la apelación era procedente revocando la decisión del Juez de Primera Instancia.

Cabe agregar que la facultad de solicitar al juez un procedimiento diferente del trámite sumarísimo la tiene cualquiera de las partes, la actora, junto con el escrito de demanda, mientras que la demandada podrá oponerse al trámite sumarísimo -abreviado en nuestro caso- dentro de los seis días de notificada la acción (art. 508 del CPCC).

Intervención del Ministerio Público Fiscal.

El art. 52 de la LDC establece lo siguiente: "Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizados en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley".

La intervención del Ministerio Público Fiscal se impone como una exigencia constitucional, pues los derechos de los consumidores y usuarios han adquirido ese status (art. 42 CN) y en virtud de que así lo exige el art. 120 de la Carta Magna al establecer que el Ministerio Público 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. Asimismo, es concordante con lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal en Córdoba, en cuanto prevé como unas de las funciones de este organismo la de "preparar, promover y ejercitar la acción judicial en defensa del interés público y los derechos de las personas, con arreglo a las leyes" (Art. 9, inc. 1, Ley 7826 y modificatorias de la Provincia de Córdoba).

Sobre éste tópico nuestro máximo Tribunal Provincial tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de la importancia de la intervención del Ministerio Público Fiscal en los procesos en materia de consumo, en donde se puede advertir además, una flexibilización en su criterio. Así, en los autos "Jiménez Tomás c. Citibank S.A. y otra - Ordinario - Recurso Directo", entendió que, en razón de la letra del art. 52, segundo párrafo, de la ley 24.240, el Ministerio Público Fiscal resulta parte obligada y debe necesariamente dársele intervención en esta clase de procesos. En la misma línea agregó 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. El sólo silencio del consumidor o la omisión de éste de solicitar al Tribunal se garantice la debida intervención del Ministerio Público en el litigio, no resulta motivo que autorice tener por subsanada o consentida la nulidad en la que se incurre al no darse intervención al Ministerio Fiscal en los procesos... "(TSJ, Jiménez: 2003).

Asimismo sostuvo (...) La intervención del Ministerio Público está ordenada en defensa y garantía de la ley y el orden público, razón por la cual no puede considerarse subsanada por consentimiento del consumidor. Haber omitido en la Alzada dar intervención al Sr. Fiscal de Cámara previo al dictado de la resolución bajo anatema que resuelve el recurso de apelación planteado, lo que determina la nulidad del pronunciamiento recurrido...(TSJ, Jiménez: 2003).

No obstante en autos "Fernández, Ruperto C/ Libertad S.A. - Ordinario - Cobro De Pesos - Recurso De Apelación - Recurso De Casación", varía el criterio rechazando la nulidad por omisión de dar participación al Ministerio Público, fundado en la ausencia de agravio que impide la declaración de la nulidad por la nulidad misma. En definitiva, el fallo no escapa a la lógica, pues, si

bien la ausencia de intervención del Ministerio Público Fiscal es causal de nulidad en virtud estar atravesado, dicho proceso, por intereses tocantes al orden público, lo cierto es resulta inoficioso declarar nulo un proceso por la nulidad misma sin un agravio concreto. Es lo que ocurrió en la sentencia bajo comentario.

Carga de la prueba.

En materia probatoria, la LDC es coherente con el carácter tuitivo que se desprende del resto de sus postulados. Si entendemos que el proveedor de bienes o servicios actúa de manera profesional, se infiere que dispone de un conocimiento e información que el consumidor carece. Es allí cuando se vislumbra con evidencia la dicotomía experto -profano que caracteriza a la relación de consumo. Este binomio se trasladará, lógicamente, a una eventual situación litigiosa, con serias dificultades para el consumidor a la hora de asumir su actividad probatoria. Es por ello que el tercer párrafo de art. 53 de la LDC prevé: "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".

Se advierte en primer lugar, el deber de conducta que las partes deben asumir en el proceso. Al respecto, no sólo el proveedor, sino también el consumidor tienen el deber de colaborar de buena fe en la aportación de las pruebas que se encuentran en su poder, que podrían conducir al juez a arribar al conocimiento de la verdad material de los hechos debatidos en el proceso. Se sostiene que este deber proviene de los principios generales que rigen la materia probatoria, tales como el deber de colaboración y el de probidad y buena fe, que imponen a los litigantes no solo coadyuvar en la dilucidación de la verdad jurídica objetiva del caso, sino también a no utilizar un procedimiento para no ocultar o deformar la realidad o para tratar de inducir al magistrado a engaño (Picasso-Vazquez Ferreyra, 2009, p. 665).

No obstante, resulta lógico pensar que será el proveedor quien se encuentre en mejores condiciones para aportar elementos probatorios. Es por ello que la norma prevé una inversión de la carga de la prueba -o un método paliativo de las reglas de distribución del onus probandi (Picasso-Vazquez Ferreyra, 2009, p. 666)-, debiendo el proveedor, por su situación ventajosa en relación al producto o servicio, acercar los elementos probatorios que tiendan a desvirtuar o atenuar la pretensión del actor (consumidor), al tiempo que asumir una actividad colaborativa para la solución del caso. Este principio, claro está, no implica obligar al litigante a producir prueba en su contra, sino que le impone una carga de colaboración en la dilucidación de la verdad objetiva del caso. Es decir, se trata de deberes jurídicos cuyo incumplimiento trae como consecuencia que el sentenciante pueda tomar esa reticencia como indicio de la veracidad de los hechos alegados por la contraria.

Así lo entendieron los magistrados integrantes de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de Mercedes, quienes al resolver un litigio en materia de consumo y apoyándose en la obligación tácita de seguridad sostuvieron que:

En virtud de la naturaleza de la obligación de seguridad ínsita en la relación de consumo existente entre la actora y la demandada (art. 1198 C.C., arts. 1, 5 y 6 LDC), le incumbía a esta última probar la culpa de la víctima, cosa que no hizo. Antes bien, la falta de posibilidad de que el perito se expidiera acerca de los puntos de pericia propuestos por la actora respecto de las banquetas existentes en el momento del hecho (p. 6, 7, 8, 9, fs. 361/62) implica una presunción en su contra, lo que se corrobora con los demás elementos de prueba señalados (art. 384 C.Proc.). (CNCiv. de Mercedes, sala I en autos "Palacios...").

Por último, respecto a la actividad probatoria, subsiste actualmente la discusión acerca de si la norma en comentario consagra la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Luis Sáenz y Rodrigo Silva (Citado por - Picasso-Vazquez Ferreyra, 2009) consideran que dicha afirmación sería desacertada.

Que en efecto la disposición bajo análisis solo pone en cabeza del proveedor el deber de aportar al proceso los elementos de prueba que se encuentran en su poder, pero no determina que recaer sobre él la carga de producir la prueba pertinente. Que en efecto, no se trata de un supuesto de inversión de la carga de la prueba, sino de un deber agravado que se establece en cabeza del proveedor de bienes y servicios (Vazquez Ferreyra, 2009, p.670). Destacan asimismo que, el incumplimiento de dicho deber, no tiene como consecuencia una inversión de la carga de la prueba, sino, un indicio a favor de los hechos invocados por el consumidor.

Otros autores consideran que la reforma introducida por la Ley N° 26.361 al artículo 53 bajo análisis, tuvo la intención de evitar estas discusiones en relación a que la prueba deba ser llevada a cabo por quien se encuentre en mejores condiciones. (Mosset Iturraspe J. y Wajntraub J. 2008, p. 283 y 284).

Beneficio de justicia gratuita.

Establece el último párrafo del art. 53 de la LDC: "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".

La gratuidad se trata de una innovación procesal, aunque en rigor de verdad, es un beneficio similar al que dispone el trabajador en el ámbito de la justicia laboral, por cuanto la ley garantiza el acceso a la justicia del consumidor afectado. La discusión se centra principalmente en la posibilidad de que éste beneficio implique la exención de la tasa de justicia y otros gastos casuísticos que se exigen para acceder a la justicia y, en su caso, si ello entra en pugna con las autonomías provinciales.

En el ámbito doctrinario existen posiciones a favor y en contra de este instituto. Entre aquellos que estiman este instituto, encontramos quienes afirman la inexistencia de objeciones constitucionales a la inclusión del mismo en razón de que no se afectaría las autonomías provinciales, desde que el legislador nacional goza de facultades para legislar sobre el mecanismo que permite el acceso automático y gratuito a la jurisdicción de todo usuario o consumidor (Villarragut, 2010). Por otro costado, otros autores sostienen que el Gobierno Central no puede y no debe avasallar las potestades tributarias locales. Sólo puede restringirlas específicamente (y fundadamente) el Congreso Nacional en los taxativos supuestos permitidos (en especial, los incs. 13, 18 y 30 del art. 75 de la C.N.).

No debe desbalancearse, menos aún a la ligera, irreflexivamente, el de por sí tambaleante andamiaje financiero de las jurisdicciones locales, a la sazón, responsables primeros y principales concededores de las necesidades de la población que buscan satisfacerse mediante los servicios públicos que brinda el Estado (Dogliani, J., Fernández E., Patricio J, 2012).

Considero en particular que no puede tener como efecto la exención de tributos de exclusiva competencia provincial, pues ello implicaría un avance inconstitucional sobre las autonomías provinciales. La tasa de justicia es un tributo de exclusivo resorte provincial, que descansa en sobre un postulado básico del federalismo: las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación (art. 121). Entre estas facultades no delegadas se encuentra la de organizar la administración de justicia (art. 5 CN) y la de crear y percibir sus propios tributos (atr. 75 inc. 2). El poder autonómico de las provincias resultaría impotente si no contara con las facultades para crear y percibir recursos dentro del ámbito de su jurisdicción. En consecuencia, sobre esta particular gabela que se adeuda como contraprestación del servicio de justicia, resulta indudable que es la provincia de Córdoba la única autorizada para percibirlo o modificarlo (art. 5 y 121 CN, y 71, 72, 155 y sgtes C. Cba). Esta facultad comprende la de crear, modificar y suprimir tributos, incluyendo las exenciones y demás aspectos de tales gabelas. Así fue reglamentado en la provincia de Córdoba mediante la creación del Código Tributario Provincial (T.O. Ley 6006) en su art. 22, al establecer que es el

TSJ por medio del Área de Administración del Poder Judicial quien goza de las atribuciones en orden a la creación, recaudación, percepción y fiscalización de la tasa de justicia. Por ello, crear una exención tributaria, con las consecuencias que ello implica, allí donde la provincia no la ha creado, supone un claro avance inconstitucional de la Nación sobre las autonomías provinciales. Además, atento el principio de legalidad que gobierna la materia tributaria (art. 4 y 17 CN), la inconsistencia con el programa constitucional se advierte si pretendiéramos crear una exención por medio de una interpretación extensiva la norma, sin que la franquicia surja clara e inequívocamente de la ley de creación del tributo.

De este modo se ha pronunciado la CSJN al resolver sobre otros aspectos pero que se vinculan a cuestión de las competencias provinciales en materia tributaria (Pcia. de Entre Río C/ Estado Nacional -CSJN, 2008), y así lo ha entendió el TSJ en autos "BCRA c/ Pugliese" (Auto N° 405/2012).

El Tribunal Superior de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este punto en autos: "First Trust of New York National Association c/ Rojas del Giorgio de Alfei Norma Mabel - Ejecución Hipotecaria - Recurso Directo (expte. f-18-12)". Sostuvo la Sala Civil y Comercial del Máximo Tribunal Local:

Por ello, la interferencia por parte del legislador nacional en materia local no puede ser admitida, pues tal proceder va en contra de uno de los basamentos fundamentales de nuestra organización federal, aspecto que no debe reducirse a considerar tal conflicto como una mera cuestión fiscalista" (del consid. N° IV.c), concluyendo luego que "En definitiva, corresponde considerar que son las provincias las que tienen competencia exclusiva para legislar en la materia tributarias no delegadas, siendo inaplicable el beneficio previsto en el art.53 ley 24.240" (del consid. N° IV e.) (TSJ, "First", 2013).

Con relación a las acciones de incidencia colectivas, existe idéntico beneficio de gratuidad, con la única salvedad que, en el proceso individual, la parte demandada tiene el derecho de iniciar un incidente para revocarle al consumidor el beneficio otorgado por ley, en caso de presumir que puede litigar con gastos, y en las colectivas no se le confiere en absoluto a la parte demandada dicho derecho.

PROCESO COLECTIVO DE CONSUMO.

Fundamento.

En la actualidad se acepta con naturalidad la posibilidad de accionar colectivamente en defensa de los intereses de los consumidores. No obstante, se trata de una formulación relativamente reciente. Hasta hace poco tiempo, la perspectiva individual era la única manera de encarar la defensa práctica de los derechos de los consumidores. La práctica y el correr del tiempo fueron demostrando la insuficiencia del enfoque particular y la necesidad de un tratamiento abarcativo de determinados intereses.

Uno de los aspectos más controversiales que conminó a pensar en esta formulación, se presentó al momento de decidir si los organismos y asociaciones de defensa de los consumidores tenían legitimación para demandar en nombre de un cierto grupo de personas sin contar con apoderamiento formal de cada uno de ellos. Esto se generó a raíz de dos circunstancias fácticas puntuales. Por un lado, que a la natural masificación de las relaciones consumo, le sigue una masificación de los daños que se generen. Y, por otro lado, (aunque no siempre sea así) en la escasa cuantía de los reclamos. Esto último trae, por lo general, el desaliento del consumidor al momento de iniciar un reclamo administrativo o una acción judicial. Una sencilla operación mental, hecha por tierra la relación costo-beneficio de aquel que pretende iniciar un reclamo por exiguos montos, frente al desgaste de tiempo y recursos que representa litigar en éstos términos. En consecuencia, la necesidad de accionar colectivamente se impone para no dejar impune una afectación genérica. Se trata entonces "de meritarse la cuestión desde la perspectiva de una afectación masiva, dispersa, uniforme y de ínfima

repercusión individual, pero relevante significación patrimonial agregada" (Mosset Iturraspe J. y Wajntraub J., 2008, p. 286).

En este marco, la existencia de acciones colectivas en el estatuto del consumidor actúa como un medio fundamental para tutelar los derechos del consumidor, impidiendo que debido a las complejidades técnicas o económicas que representa la sustanciación de un juicio individual para el consumidor, se vea impedido de obtener la correspondiente tutela judicial.

No obstante la evolución jurisprudencial que hubo en la materia a este respecto, es importante traer a colación la reforma introducida por el Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto clarifica la tipicidad de los derechos estableciendo dos clases: los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva. (art. 14 CCCN). Los derechos individuales son aquellos en los que existen intereses individuales o "derechos sobre bienes jurídicos individuales" (CSJN, "Halabi"), titularizados en forma particular. Por ello la legitimación es individual y los intereses son diversos unos de otros. La sentencias que se dicten en el marco de procesos que se promueven por derecho individuales, sólo tienen alcance en relación a las partes intervinientes en el marco de un proceso bilateral. En los derechos de incidencia colectiva, el bien afectado es colectivo, el titular del interés es el grupo y no un individuo en particular. "En estos supuestos puede existir una legitimación difusa en cabeza de uno de los sujetos que integran el grupo (interés difuso), o de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo), o del estado (interés público)" (Lorenzetti, R., L., 2015, P. 74). Sin perjuicio de la clasificación establecida en la normativa fonal, debemos tener presente que si bien existe una cercanía entre interés difuso e interés colectivo, no se trata de los mismos conceptos. Así, mientras el derecho o interés difuso se identifica por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado, los derechos de incidencia colectiva reconocen y definen un sector particular damnificado. En el primer grupo se encuentran aquellos derechos que no tienen un titular efectivo sino varios, por ejemplo, en materia de medio ambiente, ecología, etc. En cambio, son colectivos los que pueden protegerse a través de asociaciones o grupos que asumen la representación correspondiente del interés agraviado, por ejemplo, derechos del consumidor, defensa de la competencia, etc. (Picasso-Vazquez Ferreyra, 2009). Recordemos que la CSJN efectuó, el leading case Halabi, una distinción entre intereses simples, derechos subjetivos e intereses difusos, subclasificando ésta última categoría entre los que tienen por objeto bienes colectivos y los referentes a intereses individuales homogéneos. De allí la distinción efectuada.

Legitimación.

El consumidor o usuario de bienes y/o servicios, no sólo tiene la posibilidad de iniciar una acción en forma individual en defensa de sus derechos. La Constitución Nacional establece en su artículo 43-"(...) Podrán interponer esta acción (de amparo) 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".

En forma coherente a este mandato constitucional, el art. 52 de la LDC reza: "Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas".

De las normativas transcriptas se infiere la posibilidad de iniciar acciones colectivas en defensa derechos en materia de consumo. En relación a la primera redacción del art. 52 citado, se amplía la legitimación activa procesal al conferirse a los Defensores del Pueblo para el inicio de acciones de incidencia colectivas. Cabe aclarar que antes de la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, la inmensa mayoría de los fallos dictados por magistrados de distintos fueros y hasta la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación sostenían la falta de legitimación de los Defensores del Pueblo.

Asimismo, el segundo párrafo determina la caracterización de las asociaciones de consumidores legitimadas para accionar; no exigiéndose solo que estén constituidas como personas jurídicas, sino que estén plenamente reconocidas por la autoridad de aplicación, que confirma lo dispuesto en el artículo 55 de la LCD.

Como novedad se autoriza exclusivamente a las asociaciones de consumidores debidamente autorizadas que así lo deseen, a pedir su incorporación como litisconsortes en procesos judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva de cualquier otro legitimado, es decir del consumidor individual y de los demás autorizados. Ello así, en la inteligencia que su ingreso procesal como litisconsorte voluntario, lo será principalmente en apoyo del consumidor individual y, al mismo tiempo, evitar el dispendio de actividades procesales mediante la mancomunidad de los que decidan formular la misma pretensión en acciones de interés de incidencia colectiva.

Quedan entonces legitimados para iniciar este tipo de acciones:

* Consumidor o usuario.

* Asociaciones de consumidores o usuarios, ya sea como actoras o como "litisconsortes".

* Defensor del Pueblo.

* Y el Ministerio Público Fiscal, ya sea como actor, como Fiscal de la ley o como sustituto.

Ahora bien, recordemos que este tipo de acciones fue configurándose -por así decirlo- a partir del leading case "Halabi", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De este trascendente fallo, se infieren las exigencias que habilitarían la admisión de este tipo de acciones. Concretamente la sentencia se refiere a: La no justificación del accionar individual. Es decir que, por razones de economía procesal, sea necesaria el tratamiento colectivo de los derechos afectados, y de este modo evitar el dispendio de un sinnúmero de causas judiciales fundadas en la misma afectación jurídica provocada; Que pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados; y por último la existencia de un 'caso' que amerite el pronunciamiento judicial, sin perjuicio de su amplia interpretación. Esta exigencia deviene del imperativo de que los jueces no pueden pronunciarse en abstracto sino en el marco y con motivo de una causa judicial (art. 116 CN).

Lo cierto es que la doctrina judicial que deriva de este fallo, resulta determinante a los fines de analizar la admisibilidad de la demanda que involucre el ejercicio de una acción de clase. En suma, del tenor de la misma se deberá inferir la Identificación, descripción y definición de la "clase" o colectivo afectado; la existencia de una causa fáctica y jurídica común; y la pretensión enfocada en su aspecto colectivo (CSJN, "Halabi", y el igual sentido "PADEC c. Swiss Medical", "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica de Argentina S.A."). De este último aspecto debe surgir también la

alegación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, como lo resaltamos anteriormente.

En relación a este último asunto y en virtud de la trascendencia que asumen este tipo de acciones -por involucrar la defensa de bienes colectivos o de intereses individuales homogéneos- la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante la Acordada N° 32 del año 2014, creó un "Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación", que funciona con carácter público, gratuito y de acceso libre, en el ámbito de la Secretaría General y de Gestión de esta Corte.

Esta acordada establece que en dicho registro se inscribirán:

"(...) 1. Ordenadamente todos los procesos colectivos, tanto los que tengan por objeto bienes colectivos como los que promuevan la tutela de intereses individuales homogéneos con arreglo a las concordes definiciones dadas por esta Corte en los precedentes "Halabi" (Fallos:332:111) y P.361.XLIII "PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales", sentencia del 21 de agosto de 2013.

2. La inscripción comprende a todas las causas de la especie indicada, radicadas ante el Poder Judicial de la Nación, cualquiera que fuese la vía procesal por la cual tramiten -juicio ordinario, amparo, habeas corpus, habeas data, u otros- y el fuero ante el que estuvieran radicadas.

3. La obligación de proporcionar la información de que se trata corresponde al tribunal de radicación de la causa, que procederá a efectuar la comunicación pertinente tras haber dictado la resolución que considera formalmente admisible la acción colectiva; identifica en forma precisa el colectivo involucrado en el caso; reconoce la idoneidad del representante y establece el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio" (CSJN, Acordada N° 32 del año 2014).

En dicha comunicación deben constar los datos de las partes, la identificación de la clase involucrada, el objeto de la pretensión, que se ha dado intervención al Ministerio Público Fiscal y copia de la resolución de admisibilidad de la acción colectiva mencionada anteriormente. El registro, deberá informar la existencia de otras causas que tengan similar o idéntico objeto e inscribir todas las resoluciones ulteriores.

Trámite.

En relación al trámite a conferir a éste tipo de acciones y, a ante el vacío legal existente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación creó, mediante Acordada N° 12/2016 del 5 de Abril de 2016, el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos la CSJN que rige para las causas que se inicien a partir del primero de octubre de 2016.

Conforme este precepto, el actor deberá: "a) identificar el colectivo involucrado en el caso; b) justificar la adecuada representación del colectivo; c) indicar, de corresponder, los datos de la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores; d) denunciar, con carácter de declaración jurada, si ha iniciado otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva y, en su caso, los datos de individualización de las causas, el tribunal donde se encuentran tramitando su estado procesal; e) Realizar la consulta al Registro Público de Procesos Colectivos respecto de la existencia de otro proceso en trámite cuya pretensión guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva informar, con carácter de declaración jurada, su resultado. En su caso, se consignaran los datos de individualización de la causa, el tribunal donde se encuentra tramitando su estado procesal". (CSJN, Acordada N° 32 del año 2014).

Por su parte, el Tribunal deberá: a) cuando entienda preliminarmente que se dan las circunstancias mencionadas, previo al traslado de la demanda,

requerirá al Registro que informe respecto de la existencia de un proceso colectivo en trámite ya inscripto que guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva; b) En caso de no existir proceso registrado, el Juez debe dictar una resolución que será irrecurrible en donde deberá: identificar provisionalmente la composición del colectivo, con indicación de las características circunstancias que hacen a su configuración; Identificar el objeto de la pretensión; Identificar el sujeto o los sujetos demandados y ordenar la inscripción del proceso en el Registro. (CSJN, Acordada N° 32 del año 2014).

Contestada la demanda o vencido el plazo para hacerlo, el Juez debe dictar una nueva resolución en donde debe constar las modificaciones que estime pertinentes de la clase y determinar los medios más idóneos para hacer saber los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso, fin de asegurar la adecuada defensa de sus intereses. Por la naturaleza de los bienes involucrados los efectos expansivos de la sentencia en este tipo de procesos, el juez deberá adoptar con celeridad todas las medidas que fueren necesarias fin de ordenar el procedimiento. (CSJN, Acordada N° 32 del año 2014).

Justicia gratuita.

Tal como lo hemos analizado en el mismo apartado referido al proceso individual, 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.

Con la reforma introducida por la Ley N° 26.361, se consagra expresamente en el art. 55 el beneficio de justicia gratuita para las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva.

Más allá de la norma apuntada, pervivió por algún tiempo, la discusión acerca de si éste beneficio podía hacerse extensivo en materia de acciones colectivas en favor de las asociaciones de consumidores, en particular por lo previsto en la última parte del art. 53 LDC en cuanto prevé que la parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio. En los autos "Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Nación Seguros S.A. s/ Ordinario" (Exp-te. N° COM 39060/2011/1/RH1", el máximo Tribunal entendió que no cabía exigir a la asociación de defensa del consumidor actora, el depósito previsto en el artículo 286 del CPCCN. Ello así por gozar dicha organización del beneficio de justicia gratuita establecido en el art. 55 de la ley 24.240 (LDC). Para fundar este criterio, la Corte confirmó las bases constitucionales del beneficio en discusión sosteniendo que el art. 42, Const. Nac. "otorga una tutela preferencial a los consumidores" y que su efectiva vigencia "requiere que la protección que la Constitución Nacional encomienda a las autoridades no quede circunscripta sólo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías, sino que además asegure a los consumidores la posibilidad obtener su eficaz defensa en las instancias judiciales" (CSJN, "Consumidores Financieros...", considerando 4°).

Continúa la Corte afirmando "que 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" (CSJN, "Consumidores Financieros ...", Considerando 6°) (...) "Que 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 sólo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja distinguir allí donde la ley no distingue (Fallos: 294:74; 304:226; 333:735), 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. " (CSJN, "Consumidores Financieros...", Considerando 8°).

De los extractos transcritos se advierte con claridad el criterio sostenido por el máximo Tribunal en ésta materia. Asimismo, cabe agregar que no se trata del primer antecedente en este asunto. El Tribunal Cívero ya se pronunció a éste respecto en la causas "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/ sumarísimo" (Expte. N° U.66.XLVI.REX) del 11/10/2011 y "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ Ordinario" (Expte. N° CSJ 10/2013 (49-U))" del 30/12/2014. Sin embargo, la importancia del precedente en comentario, se advierte por la contundencia de las conclusiones a las que arriba el Tribunal, pues lo que está en juego en la interpretación de esta norma, en definitiva, es el alcance que el sistema de administración de justicia resuelva acordar a una franquicia establecida por el legislador (en una norma de orden público), como un claro incentivo para motorizar la tutela colectiva de un sector de la población que la Corte bien ha calificado como "tradicionalmente postergado" y "débilmente protegido" (Verbic, 2015: 11).

Cosa juzgada.

Establece el artículo 54 de la LDC: "Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, 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 consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

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 integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda. (Artículo incorporado por art. 27 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)".

El articulado anteriormente transcrito claramente se vuelca en relación al derecho de elección para aquellos consumidores individuales que deseen apartarse de la solución general aportada para el caso. Asimismo establece las disposiciones y/o fórmulas para arribar a un acuerdo o transacción, mientras que el segundo párrafo hace referencia a la sentencia dictada que tendrá el carácter de cosa juzgada y el tercero versa sobre las pautas que deben aplicarse en caso de tener la demanda contenido patrimonial.

En base a ello tenemos:

- 1) Procedimiento para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción.
- 2) Efectos de la cosa juzgada en las acciones de incidencia colectivas.
- 3) Determinación de la indemnización correspondiente a cada uno de los consumidores afectados, si el reclamo es de carácter patrimonial.

Deteniéndonos en el primer párrafo del artículo en cuestión, observamos que

en caso que las partes intenten arribar a un acuerdo conciliatorio o algún tipo de transacción a efectos de poner fin al proceso, debe obligatoriamente correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, a fin que pueda expedirse sobre su procedencia. Dicho dictamen aporta la garantía al grupo de consumidores afectados, pues es el Ministerio Público Fiscal quien, al expedirse, velará por la seguridad de los intereses de los damnificados. Se exceptúa de la vista previa si es el propio fiscal el legitimado en la acción colectiva.

Al conferirle la vista previa al Ministerio Fiscal éste puede rechazarlo total o parcialmente. Si se diera el último supuesto debería peticionar al juez la modificación y/o la incorporación de nuevas cláusulas. El espíritu que motivara a los legisladores respecto de la referida vista es para que en el acuerdo arribado por las partes se protejan adecuadamente los intereses de los consumidores afectados. Una vez prestada la conformidad Fiscal al acuerdo conciliatorio o transaccional, el juez debe considerar si corresponde o no su homologación, y en caso de proceder, debe sine qua non llevarlo a cabo por resolución fundada.

Otro requisito indispensable del acuerdo, se refiere a dejar expresamente establecido que los consumidores o usuarios particulares que así lo deseen, puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso que los vincula. Con lo cual el derecho individual de cada uno de los damnificados siempre estará protegido en caso de acuerdo o transacción en procesos colectivos, y como comentaremos, en similar forma en las sentencias.

En la segunda parte del artículo, en cuanto a los efectos de la cosa juzgada en caso de sentencia favorable a los consumidores, se hace extensible a todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones. Ahora bien, debemos determinar entonces, a qué se refiere la norma con "similares condiciones". Para ello, debemos retomar la interpretación dada por el Alto Tribunal a las acciones de incidencia colectiva que tutelen derechos individuales homogéneos, de forma tal que "estarán en dicha condición los que vean lesionados sus intereses por el actuar del proveedor, de forma tal que todos los daños son ocasionados por una causa fáctica común, aunque la determinación del perjuicio deba establecerse individualmente" (Picasso-Vazquez Ferreyra, 2009, P. 683). Sin perjuicio de ello y conforme lo dispone la misma norma, los consumidores individuales se encuentran facultados para apartarse de los efectos de la cosa juzgada, en tanto y en cuanto hayan manifestado su voluntad en contrario con anterioridad al dictado de la sentencia.

El texto del art. 54 LDC in fine es claro, pues da ciertas pautas si la cuestión tiene contenido patrimonial para la determinación del daño. Sin embargo se ha opinado que el fallo "Halabi" deja de lado los derechos patrimoniales, aunque lo cierto es que en dicho precedente no se advierte que la CSJN haya querido determinar una excepción para los procesos colectivos de índole patrimonial. En primer lugar, porque los intereses individuales homogéneos pueden ser patrimoniales o no patrimoniales. En segundo término, porque dado el contexto normativo, las circunstancias del caso y el desarrollo procesal de aquel pleito (esto es, una acción iniciada individualmente que concluyó con una sentencia con efectos erga omnes), resulta evidente que la Corte quiso establecer criterios (a través de su sentencia), orientando de esa forma al mundo jurídico y judicial sobre las acciones colectivas, pues como todos sabemos, la redacción de la Ley ha generado diversas confusiones. En consecuencia, si el Tribunal hubiese querido apartar las cuestiones patrimoniales de las acciones colectivas, expresamente así se habría pronunciado, pero nada de ello ocurrió.

Ahora bien, en cuanto a las modalidades que pueden tener las sentencias en este tipo de acciones se fijan algunas reglas interpretativas, en razón de las distintas características que pueden presentar los asuntos:

a) Se establece como principio general que la reparación a los usuarios y consumidores debe ser integral.

b) Para el caso en que el objeto de la acción sea la restitución de sumas de

dinero, de proceder la misma se hará por el mismo canal que fue utilizado para su percepción -así en el caso de un concepto debitado incorrectamente de una cuenta, se procederá a acreditar la suma debitada (con más sus intereses) en dicha cuenta.

c) De no ser posible la utilización del mismo medio, el magistrado deberá arbitrar un sistema que permita la reparación (p. ej. mediante la acreditación en otro tipo de cuentas o si no fuera posible, la convocatoria en Internet, radiodifusión, televisión, diarios de mayor circulación a nivel nacional, entre otros).

d) En los casos de dificultosa o imposible individualización (p. ej. de usuarios de teléfonos públicos, pasajeros de un determinado servicio, etc.) la resolución judicial deberá establecer el grupo afectado, para que los beneficios puedan retornar de alguna forma a los afectados.

e) En el caso de existir daños diferenciados para cada consumidor o usuario (ej.: el corte de un servicio público que no incide por igual a todos los usuarios) se determina que, de ser posible, se conformarán grupos de afectados que se encuentren en condiciones similares y, a su vez, cada usuario podrá promover un incidente para estimar y accionar, vía incidental, por la indemnización particular que le corresponda.

Notas al pie.

1) ARTICULO 1° -Objeto. Consumidor. Equiparación. 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. (Artículo sustituido por punto 3.1 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014)".

2) A modo de ejemplo podemos citar: La Cámara Segunda en autos "Banco Hipotecario S.A. c/ Carranza, Pablo Alejandro - Ejecutivo por cobro de cheques - Recurso de Apelación" (Sent. 73 del 25/08/2015); la Cámara Tercera en "Mas Beneficios S.A. C/ Luna, Julio Antonio Cayetano - Ejecutivo Por Cobro De Cheques, Letras O Pagares - Expte. N° 2707962/36" - (Sent. 140 del 09.08.16); la Cámara Quinta en autos: "Compañía Social De Créditos S.R.L. C/ Corzo, Ana María -Presentación Múltiple - Ejecutivos Particulares - Recurso De Apelación - Expte. N° 2706751/36 - (Sent.145 del 23.05.16).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 18 DE MAYO DE 2017

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.COT O 006006 1977 02 10** de Córdoba, Constitución Nacional Art.5, Constitución Nacional Art.42, Constitución Nacional Art.116, Constitución Nacional Art.121, Ley 19.511, Ley 22.262, Ley 22.802, Ley 24.240, LEY 25065 Art.52, LEY 26.361, LEY 26.993, LEY 26.994 Art.7, LEY 26.994 Art.11, LEY 26.994 Art.14, LEY 26.994 Art.984 al 989, LEY 26.994 Art.1073 al 1075, LEY 26.994 Art.1092 al 1122, LEY 26.994 Art.1384 al 1389, LEY 26.994 Art.2100 al 2111, Ley 18.284 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 2126-71, LEY 7.826. Art.9, LEY 10.247*

Ref. Jurisprudenciales: CSJN, Entre Ríos, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, 10/06/2008, CSJN, Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986, 24/02/2009, CNCom, en pleno, Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen

involucrados derechos de consumidores, 29/06/2011, CSJN, PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales, 21/08/2013, CCiv y Com, Sala 3, Mar del Plata, Banco Macro S.A. c/ Correa, Ruben Darío s/ Cobro Ejecutivo, 15/09/2015

REF. BIBLIOGRAFICAS

- * BENJAMIN, A., H. (1993). El Derecho del Consumidor. Jurisprudencia Argentina, N° 5830 del 26/05/93.

- * DOGLIANI, J., F., Fernández E., Patricio J. ("El beneficio de gratuidad previsto en la Ley de Defensa del Consumidor implica la exención del pago de tributos locales?", Publicado en: DJ 04/07/2012, 1.

- * FARINA J., M. (2000). Defensa del Consumidor y del Usuario - Comentario Exegético de la Ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94". Buenos Aires: Editorial Atrea.

- * FERREYRA de la Rúa A. y GONZÁLEZ de la Vega C. (2011). Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba comentado y concordado con los códigos de la Nación y provinciales- 4° edición. Córdoba: Editorial La Ley.

- * LORENZETTI, R., L. (2009). Consumidores, 2 ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores.

- * LORENZETTI, R., L. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni editores.

- * MOSSET ITURRASPE J. Y WAJNTRAUB J. (2008). Ley de Defensa del Consumidor - Protección procesal de usuarios y consumidores. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni editores.

- * PICASSO-VAZQUEZ FERREYRA. (2009). Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada. Buenos Aires: Editorial La ley.

- * PIZZARO, R., D. (1993). Daños punitivos, en Derecho de Daños, Segunda Parte. Buenos Aires: Editorial La Rocca.

- * VERBIC F. (2015, 28 de diciembre). La Corte Suprema y el beneficio de justicia gratuita en casos colectivos promovidos por asociaciones de defensa del consumidor. La Ley. (242), p.9-11. Cita on line: Ar/Doc/4444/2015.

- * VILLARRAGUT, M. Reflexiones sobre la constitucionalidad del beneficio de justicia gratuita contenido en la ley 24240. Semanario Jurídico N° 1792, Tomo 103, Año 2010 - A, 121.

- * Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. (2014). Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

La eliminación unilateral de las facturas de servicios en soporte papel viola derechos de usuarios y consumidores

GÜTTNER, CARLOS HERMANN

Publicación: www.saij.gob.ar, 10 DE MAYO DE 2017

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACION-EMPRESA

TEXTO

Con la privatización de los servicios iniciada en la década del "90" se incrementaron las prácticas abusivas hacia los usuarios y consumidores por parte de las empresas.

En la actualidad, la sofisticación de estas prácticas alcanza extremos inverosímiles que, multiplicados por la cantidad de clientes afectados, resultan en sumas millonarias cobradas en forma indebida.

Un verdadero enriquecimiento sin causa.

Por ejemplo, una reconocida empresa telefónica que opera en el ámbito de la Capital Federal, ha adoptado una política comercial ilegítima al dejar de enviar las facturas impresas en formato papel a los domicilios de los usuarios.

En forma unilateral e inconsulta se dispuso el cambio de la facturación en formato papel por la remisión a correos electrónicos personales de los titulares del servicio, obligándolos a obtener una clave personal para acceder a la factura detallada en la página web.

En la mayoría de los casos, quienes están acostumbrados a abonar el servicio a partir de la recepción de la factura vía correo postal, y no advierten que el correo de su bandeja no es un mensaje "spam", se enteran de la nueva modalidad cuando es inminente el corte del servicio por falta de pago, o cuando éste se ha producido.

Al efectuar los reclamos comienzan los problemas: la atención despersonalizada a través de líneas de atención al cliente o en la página de internet de la empresa, la falta de respuestas en tiempo y forma cuando se logra asentar el reclamo, la negativa a suministrar números de gestión de los reclamos telefónicos, la consecuente falta de resolución del problema y la persistencia del abuso en el tiempo, o las excusas absurdas con que la empresa pretende zanjar a su favor la conculcación de los derechos del usuario.

En el caso de marras, y al cabo de pacientes y reiterados requerimientos personales en la oficina central de la empresa, los agentes comerciales esgrimieron que la decisión de sustituir el envío de las facturas en formato papel por el sistema digital dirigido al correo electrónico del cliente obedecía a disposiciones legales, a resoluciones de la AFIP, y a cambios en el reglamento dispuestos por el ENACOM.

Peor aún, adujeron que la modificación respondía a una buena práctica de mercado en beneficio del medio ambiente, evitando el uso masivo de papel.

Por supuesto, ninguno de estas explicaciones son ciertas.

Se trata, simplemente, de una práctica abusiva hacia los usuarios que viola un considerable número de derechos y se traduce en millonarios ingresos a favor de la empresa, tal como lo veremos.

No existe ninguna ley que disponga la eliminación del uso del papel para facturar los servicios y, de sancionarse, sería de dudosa constitucionalidad e impracticable en muchas partes del país que no tienen acceso a internet.

Tampoco la AFIP o el ENACOM podrían disponer el cambio del sistema de facturación sustituyendo el formato papel por el digital, al menos unilateralmente.

En el mejor de los casos una decisión de tal naturaleza requeriría la necesaria aceptación del usuario, cuya voluntad debería ser expresada de manera fehaciente. Y la regla debería ser siempre voluntaria ya que existen millones de personas que no tienen acceso a la red de internet o que, por edad o cualquier otro impedimento, no están familiarizados con el uso de estas tecnologías.

(Qué ocurriría, por ejemplo, con los adultos mayores que no manejan internet o con las personas con discapacidad que tampoco pueden hacerlo pero son titulares de una línea básica de teléfono y necesitan tener la factura en formato papel para conocer lo que se les cobra y poder abonarla?

(Qué razón hay para obligar a los usuarios a obtener una clave más entre las tantas que se requieren para operar en gestiones cotidianas, haciéndoles más compleja y difícil la vida?

Ni una ley ni una política comercial puede obligar a nadie a operar con un sistema de determinado para gozar de sus derechos en calidad de usuario y consumidor, como pretende la empresa telefónica al modificar unilateralmente el sistema de facturación de sus clientes.

La Ley de Defensa del Consumidor, que tutela estas relaciones jurídicas, es de orden público y prevalece sobre cualquier norma que contravenga sus preceptos, sin olvidar el rango constitucional que tienen los derechos de los usuarios y consumidores a partir de la reforma de 1.994, ínsito en el artículo 42 de la Carta Magna.

Tampoco es verdad que se trate de una buena práctica empresarial para ahorrar el uso de papel y colaborar con la preservación del medio ambiente.

Porque, en realidad, la única que ahorra el costo del papel es la empresa y se lo transfiere a millones de usuarios que sí deberán usarlo al descargar e imprimir sus facturas de internet.

No hay, como se aprecia, ninguna actitud colaborativa con el medio ambiente por parte de la empresa sino una transferencia millonaria de costos a los usuarios.

Pero lo peor de todo es que, no obstante violar derechos consagrados para obtener millonarias sumas en concepto de ingresos extras, la empresa sigue cobrando a sus clientes el oneroso cargo de mantenimiento y gestión administrativa.

Es decir, cobran por un trabajo que les corresponde hacer y no lo hacen porque se lo derivan al cliente y, además, lo obligan a costear el insumo papel y el uso de la red de internet para visualizar e imprimir la factura.

La cuantificación de estos hechos dañosos implica un enriquecimiento sin causa y si nos ponemos a calcular la cantidad de clientes afectados y los costos que implican apreciaríamos la millonaria ganancia indebida que la empresa obtiene.

La práctica descripta configura un verdadero abuso y transgrede normas constitucionales y legales.

En primer lugar, viola el derecho a la información clara, cierta y detallada (1) que tienen los usuarios del servicio básico de telefonía.

Suministrar la información en estos términos es, en contrapartida, una obligación de la empresa, sea en lo atinente a los conceptos del servicio o por reclamos derivados del mismo, tal el caso de la modificación unilateral e inconsulta del sistema de facturación.

Al invocar maliciosamente normas y disposiciones inexistentes, la empresa miente y no proporciona una información cierta al reclamo del cliente, transgrediendo la manda del artículo 42 de la Constitución Nacional (2) que la obliga a brindar información adecuada y veraz.

El derecho a la información comprende, además, la gratuidad y el soporte físico de la misma.

En el caso del cambio del sistema de facturación no se cumplen ninguna de estas disposiciones toda vez que, como hemos apreciado, el usuario debe gastar tiempo y dinero en reclamar telefónicamente, o enviar cartas documentos, o presentarse personalmente en las oficinas comerciales, o denunciar ante los organismos de defensa del consumidor presentando fotocopias de constancias de reclamos, etc.

La gratuidad se diluye a medida que la determinación a ejercer sus derechos se concreta. Tampoco respeta la empresa la obligación de proporcionar la información en soporte físico ya que elimina el papel como medio de facturación y lo reemplaza por un sistema complejo que opera con claves y no guarda la claridad necesaria para su comprensión, tal como exige la ley.

Y por si fuera poco, vulnera lo que la norma establece en el párrafo final del artículo 4º, recientemente modificado (Véase nota 1), cuando dice que solo 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 coloque a su disposición.

El correo electrónico personal o el mensaje al teléfono celular no son medios alternativos que el proveedor coloque a disposición del usuario. Por el contrario, son medios alternativos pero que el usuario pone a disposición del proveedor, con lo cual no se cumpliría el requisito legal aunque éste manifestara su aceptación expresa.

La ley también impone a las empresas la obligación de garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los usuarios y consumidores (3), así como abstenerse de desplegar conductas que los coloquen en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

La despersonalización de la atención de los reclamos de los clientes, la falta de respuestas y soluciones a los mismos, la negativa a recepcionarlos y brindar números de gestión, o la mentira esgrimida con respecto a leyes y disposiciones que modifican el sistema de facturación para favorecer el ahorro de papel, constituyen una violación flagrante de esos derechos.

La reciprocidad del trato, el registro de los reclamos y la atención personalizada son derechos de los usuarios y obligaciones que la ley impone a las empresas (4) y que éstas deben garantizar en el caso de los servicios públicos domiciliarios.

Se viola también la equidad del trato cuando la supresión del envío de la factura en formato papel rige para algunos usuarios y para otros no, privándolos de sus derechos con evidente sentido discriminatorio.

Frente a los reclamos efectuados y a las mentiras utilizadas como excusas, los usuarios también son privados del derecho a la información si no se pone a su disposición en las oficinas comerciales la constancia escrita de las condiciones de prestación y de los derechos y obligaciones de las partes (5), verbigracia el Reglamento del Servicio Básico Telefónico con sus respectivos Anexos, los registros contractuales, planes, ofertas y esquemas tarifarios.

Conocer cada uno de los aspectos señalados precedentemente permitirá a los usuarios tener conocimiento de sus derechos y fundarlos debidamente en cada reclamo ante la empresa, ante los organismos de defensa del consumidor, ante un mediador o ante la autoridad de aplicación, siguiendo el respectivo curso de las acciones previas a la instancia judicial.

Reclamar el cese de la práctica abusiva debe contemplar también el pago del daño directo (6) causado al usuario, quien deberá solicitarlo en su presentación escrita.

En la instancia de mediación, si se omite hacerlo, probablemente la compensación ofrecida por la empresa sea exigua o directamente inexistente.

Dejar de enviar las facturas impresas en formato papel a los domicilios de los usuarios, sin su previo consentimiento, y remitirlas a correos electrónicos o a los celulares por medio de avisos de vencimiento, constituyen prácticas abusivas de las empresas de servicios y violan derechos consagrados en la Constitución Nacional y la legislación civil y comercial.

Tanto la autoridad de aplicación de cada jurisdicción, en la instancia administrativa, como la justicia, deben aplicar el instituto del daño directo y establecer en su justa cuantía la indemnización que las empresas abonarán a sus clientes.

Notas al pie:

1) Ley 24.240, Artículo 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. Solo 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. (Artículo reformado por artículo 1° de la Ley N° 27.250 B.O. 14/6/2016).

2) Constitución Nacional. Artículo 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. 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 nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

3) Ley N° 24.240, Artículo 8° Bis. Trato digno. Prácticas abusivas. 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 perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor. (Artículo incorporado por art. 6° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).

4) En la Ley N° 24.240, véanse: Artículo 26 -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.; y Artículo 27- Registro de reclamos. Atención personalizada. 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. Dichos reclamos deben ser satisfechos en plazos perentorios, conforme la reglamentación de la presente ley. Las empresas prestadoras de servicios públicos deberán garantizar la atención personalizada a los usuarios. (Artículo sustituido por art. 11 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).

5) Ley N° 24.240, Artículo 5°- Constancia escrita. Información al usuario. Las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio 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.

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 N° 24.240".

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. (Artículo sustituido por art. 10 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).

6) Ley N° 24.240, Artículo 25: Daño directo. El 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.

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 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.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 10 DE MAYO DE 2017

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.5, Ley 24.240 Art.25, Ley 24.240 Art.26, Ley 24.240 Art.27, Ley 24.240 Art.52 Bis

Primeros pasos en el Derecho del consumo. Parte decimonovena (Acerca del presupuesto fáctico del Derecho de consumo)

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 25 DE OCTUBRE DE 2016

TEMA

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

1. Sebastián Soler sostiene, con certeza, al comienzo de su "Tratado" (1) que "nada es tan específicamente humano como la capacidad de hacer y crear cosas sirviéndose de los elementos naturales, de las fuerzas externas y de la propia acción". Pero, en tanto humanos, somos seres vivientes ('vivant') ligados, en consecuencia, a propiedades características de la vida: 'autoconservación' (mantenerse vivo); 'autorreproducción' (propagar la vida); y 'autorregulación' (autoadministración); algunas de ellas, indispensables, es decir, 'inevitables' para conservar la condición vital, en particular, las de autoconservación (nutrición, asimilación, respiración-fermentación) (2); éstas constituyen genuinas 'necesidades' esenciales a tal fin, experimentadas por individuos sistémicos lo suficientemente 'abiertos' como para conectarse con su entorno (ambiente) pero, a la vez, debidamente 'cerrados' como para no confundirse con él (3). Se ha señalado, asimismo, que la diferencia 'específica' entre los miembros del reino vegetal y los del animal -cuyo "primer rango" ocupamos los humanos- radica en el modo de alimentación: 'autótrofa' en los vegetales, 'heterótrofa' en los animales; en efecto, se verifica la distinción entre la 'autoelaboración' de las sustancias alimenticias (autotrofia) y la 'dependencia alimentaria' del ambiente (heterotrofia) (4); y es este régimen de alimentación heterótrofo (biofagia) - el que, claro está, alcanza también a los humanos-, el que motiva las funciones motoras, que favorecen la 'locomoción' del organismo animal (5); esa primera "carencia fundamental...va a ponerlo en movimiento"; no obstante, "cuanto más energía se necesita para buscar alimento, más alimento se necesita para tener energía (6). A su turno, el desenvolvimiento del 'unisexualismo' animal y humano -a diferencia del 'hermafroditismo' dominante en los vegetales-, remarcan el cuadro de sus carencias, para cuya satisfacción el individuo debe orientarse "hacia el exterior" de su organismo (7).

2. Pero, nuestra especie en particular, siendo en el sentido antes indicado, 'naturaleza' ("natura") (8), está compuesta por individuos inicialmente incapaces (9) los que, aunque destinados "al primer rango de los seres", surgen a la vida "sin fuerzas físicas y sin ideas innatas", circunstancias que lo emplazan "en el seno de la 'sociedad', para "encontrar...el lugar eminente que les fue señalado en la naturaleza" (10); esta segunda "naturaleza", 'socio-cultural' ("nurtura") es propia del ser humano, el que "sería, sin la civilización, uno de los seres más débiles y menos inteligentes de los animales" (11). Se reafirma la idea, entonces, de que el ser humano ha de volver su mirada hacia su entorno (ambiente) en procura de satisfacer las carencias que lo aquejan; sin embargo, la satisfacción de tales carencias, se enfrenta a las vallas de la 'insuficiencia' y de la 'escasez', circunstancias que dificultan ese objetivo; 1) "insuficiencia" en un doble sentido: a) 'del individuo', inidóneo para proveer por sí mismo al plexo de sus carencias; b) 'de los logros satisfactivos', ya que, obtenida la satisfacción de alguna carencia, no sólo permanecen insatisfechas otras -carencias 'subsistentes'-, sino que, además, al colmar esa carencia, se suele generar, paradójicamente, una o más nuevas privaciones -carencias 'emergentes'-; sin descartarse que, de la supresión de una carencia determinada, pueda/n surgir alguna/s 'resultantes' de la combinación o interacción de otras pre-existentes; 2) 'escasez de recursos', que promueve cierta competencia intersubjetiva. La economía y la demografía primero -MALTHUS- y el evolucionismo biológico después -DARWIN- han dado suficientes evidencias de las implicancias de esta circunstancia.

3. La humanidad, en tanto especie, ha transitado algunas etapas diferenciadas con relación a "los progresos obtenidos en la producción de los medios de existencia" (12); a este respecto, siguiendo al antropólogo y abogado estadounidense del siglo XIX, Lewis Henry Morgan (autor de "Ancient society..."), se señalan tres etapas básicas -subdivididas, las dos primeras, en tres estadios cada una, inferior, medio y superior-; son ellas: 'salvajismo', 'barbarie' y 'civilización'. A nuestros fines, baste puntualizar que, en la etapa de "salvajismo", el hombre provee a sus necesidades obteniendo de la naturaleza, directamente -por apropiación-, los medios pertinentes (frutos y raíces, y productos de la caza y de la pesca); se destaca, asimismo, la elaboración del arco y de la flecha, que facilitan la obtención de tales productos. A su turno, en la etapa de "barbarie", de un incipiente cambio de productos excedentes -originariamente destinados al consumo propio- (estadio inferior), pasando por un nivel de "cambio regular" (estadio medio), se llega a un estadio superior de producción destinada 'directamente' al cambio, entre productores individuales y en carácter de "necesidad vital de la sociedad" (13); y es en esta etapa, como consecuencia de una ya importante 'división del trabajo' -que hasta ahí reconocía sólo las categorías de la agricultura y de los oficios manuales-, donde se introduce una nueva "clase", la de los 'mercaderes', dedicados únicamente al cambio de los productos, esto es, en calidad de 'intermediarios' entre los productores, operando en el intercambio de 'mercancías' (14); como es sabido, estos intermediarios en el cambio de productos se diversificarán y, consecuentemente, multiplicarán, engrosando notoriamente la "red de provisión" de bienes y servicios, parte insustituible de la 'estructura de consumo' (15); en consecuencia, dicha condición intermediadora que incumbe a tales actividades, demuestra que, efectivamente, aquellos mercaderes, indiscutibles protagonistas del actual tejido de provisión, "no sospechaban] aún las grandes cosas a que estaban destinadas" (16). En suma: se verifica el pasaje de aquel "prosumidor" de la primera ola de Alvin Toffler, al deslinde entre productor y consumidor, propio de la segunda ola, en términos de dicho autor (17).

4. Somos, pues, entes vivientes; humanos. En tales términos, nuestra existencia -somos seres "existentes" (18)- rebasa el estrecho dominio de las propiedades físicas y químicas (physisfera), nivel previo y soporte, a la vez, del biológico -que lo incluye- (biosfera) y éste, a su vez, del ántropo/sociológico/cultural - que incluye a los anteriores- (antroposfera) (19); esta última, comprende la psicofera, la sociosfera y la noosfera (ámbito de las ideas) (20). En cada uno de estos niveles o esferas se constata la existencia de carencias, las que suelen presentarse 'entrelazadas', es decir, afectando a más de uno de esos ámbitos a la vez; de este modo, en cada una de estas "esferas" que incumben al ser humano (21), éste se manifiesta como "homo miserabilis" (22), dependiente del 'medio' que lo rodea, no ya en términos de alimentación (heterotrofia) exclusivamente, sino respecto de 'todos' los medios de existencia requeridos (23). Así, dentro de la tan mentada clasificación de Maslow (24), pese a estar ésta basada sobre razones de 'motivación', los seres humanos compartimos con otros vivientes, al menos, las carencias del fisiológico, y algo del segundo nivel -seguridad-; así, p. ej., en el primer nivel, los respectivos factores (respiración, alimentación, descanso, sexo) constituyen, en general, fenómenos de 'autoconservación', tendientes, al mismo tiempo, a sustentar la 'homeostasis' del organismo (autoregulación o 'regulación por retroalimentación' (25)), en tanto que la 'seguridad psico-física' -ubicada en el segundo nivel referido-, alude a acciones de 'autoprotección', no sólo individuales -cada uno cuidando de sí mismo- sino, también, grupales/sociales; y, si bien queda claro que tal circunstancia se da, sin duda, en las comunidades humanas, lo cierto es que, en general, las especies animales sub-humanas están organizadas en 'sistemas biosociales', que atienden grupalmente a la seguridad de sus miembros (26); a su turno, en la sociedad humana constituida, además, en sistemas socio-culturales -sin perjuicio de que el individuo provea a su autoseguridad-, emerge un débito estatal respecto de la prestación de los servicios de 'seguridad pública', sometida ésta a un severo cuestionamiento en la actualidad (27).

5. A mayor abundamiento, se ha señalado la existencia de necesidades 'societarias', esto es, propias de las sociedades en sí, que condicionan su

existencia (28); serían ellas: I) mantenimiento de la población; II) división de las funciones sociales; III) solidaridad del grupo; IV) perpetuación del sistema social; en rigor, las condiciones I, II y III, tienden a dar cobertura a la IV, pues todas ellas sirven a la supervivencia del grupo social. El mantenimiento de la población, interesa, en particular, a nuestra materia, de momento que implica la 'provisión' de los medios de subsistencia, la 'protección' de los miembros societarios y la función de reproducción. Así, se observa que, tanto desde este punto de vista como desde el individual, la obtención de aquellos medios, cuanto la preservación de la seguridad, en sociedad, requieren exigencias ineludibles para la subsistencia personal y grupal, sólo postergables en condiciones "cuasi" patológicas, en las que, la desidia o la impotencia o, incluso, factores inconfesables de sus elencos gubernamentales -de todo signo-, coadyuvaban (29) a configurar escenarios de resignación y anomia tendientes a expandirse, estructuralmente, en sentido espacial y temporal, soslayando, así, la idea según la cual "es ley de la humanidad que los intereses nuevos, las ideas fecundas, el progreso, triunfen al fin de las tradiciones envejecidas, de los hábitos ignorantes y de las preocupaciones estacionarias (30).

Notas al pie:

- 1) SOLER, SEBASTIÁN; "Derecho Penal Argentino" -act. Guillermo J. Fierro-, T° I; Tipográfica Editora Argentina, 1992.
- 2) de ROSNAY, JOEL; "Qué es la vida"; Salvat Editores, 1993.
- 3) CONDOMI, ALFREDO MARIO; "Principios de teoría compleja del derecho"; LA LEY- Actualidad-, 10/06/1999); asimismo, "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Primera parte"; www.infojus.gov.ar; 7/08/2013. Somos, en definitiva, "unidades vivientes autónomas", "individuos delimitados por una membrana" (de Rosnay, J.; op cit); esta 'membrana' nos separa del exterior (RAULIN, FRANÇOIS; "La aparición de la vida"; RBA Editores, 1994).
- 4) MORIN, EDGAR; "El método -La vida de la vida-"; Ediciones Cátedra, 1997.
- 5) MORIN, E., loc. cit.
- 6) Idem anterior. Esta situación, en la que se "gasta energía para buscar energía, lo que aumenta la necesidad de ésta" (loc. cit.), recuerda la dificultad -no resuelta- de que un cuerpo cualquiera, lanzado al espacio exterior, cuanto más se acerca a la velocidad de la luz, más aumenta su masa -y su energía-, requiriéndose, en consecuencia, cada vez más, un incremento en su velocidad para compensar el aumento de peso, y así sucesivamente. (En términos de la teoría de la relatividad de Einstein, un cuerpo que alcanzara la velocidad de la luz expandiría su masa -y su energía- hasta el infinito, y el espacio-tiempo se reduciría a "cero"; de donde dedujo el sabio que tal empresa sería físicamente imposible GUILLEN, MICHAEL; "Cinco ecuaciones que cambiaron el mundo -El poder y la belleza de las matemáticas-"; Editorial Debate, Barcelona, 1999. (Será biológica y/o culturalmente imposible que el hombre alcance la satisfacción de "todas" sus carencias?. De lograrlo, (se reducirá "su" espacio-tiempo a la nada misma?).
- 7) Idem anteriores.
- 8) MERANI, ALBERTO L.; "Naturaleza humana y educación"; Editorial Grijalbo S.A., 1972. WHITTAKER, JAMES O.; Revista Latinoamericana de Psicología, vol. 11, núm. 1, Colombia, 1979 (en <http://www.redalyc.org>).
- 9) MERANI, A.L.; op cit.
- 10) ITARD, JEAN-MARC GASPARD; "De la educación de un hombre salvaje", 1801 (reproducido en MERANI, A.L, op cit.). Dicho médico tomó a su cargo el tratamiento y educación de Víctor del Aveyron, 'niño salvaje o feral' ("homo sapiens ferus"), descubierto en 1801 en los bosques de esa zona de Francia, producto de lo cual dio a conocer un "informe" y una "memoria" en la que expone sus reflexiones sobre tales experiencias.
- 11) ITARD, J-M. G., op cit.
- 12) ENGELS, FRIEDRICH; "El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado"; Planeta-Agostini; 1992. Por una coincidencia del lenguaje, el autor se refiere a "medios de existencia" -expresión más amplia que medios de "subsistencia"-, más adecuada al contenido de nuestra materia, que se refiere a carencias en general -que hacen a la existencia-, comprensivas de las necesidades básicas en particular -que hacen a la "subsistencia"-.
- 13) ENGELS, F.; op cit.
- 14) Por cierto que Engels, fiel a sus principios y con perspectiva histórica, no trepida en ubicar a estos intermediarios en el cambio, en un ámbito de

"dominación económica" y "explotación" de los unos -los productores- por los otros -los mercaderes-; junto a su aliado, 'el dinero metálico', "medio para que el no productor (el mercader) dominara al productor y a su producción" (loc cit.).

15) CONDOMI, A.M.; "Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -primeras aproximaciones-"; 20/10/ 2011; asimismo: "Algunas cuestiones particulares del derecho del consumo"; 5/02/ 2013. Incluyo a la denominada "red (o cadena) de provisión" dentro de la "estructura de consumo", sobre la base de "la configuración estructurada en bloque, por una parte; y, por la otra, el carácter principal y la vocación re-orientadora y estructurante de la normativa consumataria" (CONDOMI. A.M.; Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Séptima parte. (Modelización del Derecho del consumo"; 3/09/2014. Todos estos trabajos pueden consultarse en: www.infojus.gov.ar.

16) ENGELS, F.; op cit. Restaría agregar, aquí, que en un cierto concepto "clásico" de 'acto de comercio' -en sentido "objetivo"-, lo define como interposición entre productores y consumidores, con propósito de lucro, favoreciendo la circulación de la riqueza -VIVANTE-; o, más brevemente, como acto que realiza o facilita una interposición en el cambio -ROCCO- (VARANGOT, CARLOS JORGE; Derecho Comercial -Parte General-" , El Gráfico/Impresores, 1974). (Al respecto, basta recordar el arduo trabajo hermenéutico en torno al art. 8º, de nuestro ex Código de Comercio, particularmente, teniendo en cuenta que el art. 1º del mismo cuerpo legal, definía al 'comerciante', precisamente, en virtud del ejercicio de "actos de comercio".) Ciertamente, en términos del flujo de bienes y servicios, dicha intermediación coadyuva a la formación y engrosamiento de la denominada "cadena de valor", cuya influencia evidente sobre consumidores y usuarios se refleja en el precio final que debemos soportar en tal carácter.

17) CONDOMI. A.M.; "Primeros pasos en el Derecho del consumo. Novena parte Desde el consumo"; www.infojus.gov.ar, 5/03/2015.

18) Aludo a "existentes", limitando la mención a los 'entes' en que consistimos los humanos, de modo tal de referirme sólo a "lo que es", desde la perspectiva de la 'óntica' ("La filosofía de Heidegger", exposición de la obra homónima de Maurice CORVEZ, de 1961; con nota preliminar de Oscar TERAN, Centro Editor de América Latina, 1969); más acorde, en consecuencia, con el enfoque 'científico' de los "existenciarios", que a la denominada 'ontología fundamental' que aborda los "existenciales", según la filosofía mentada (|ADOLFO C. LERTORA; "Existencialismo y materialismo dialéctico"; Ediciones Sílabas, 1969).

19) MORIN, E.; "El método -La naturaleza de la naturaleza-"; Ediciones Cátedra, 1993. BUNGE, MARIO; "Epistemología"; Siglo XXI editores, 1997. Este autor, con criterio 'sistémico', distingue entre fisiosistemas, quimiosistemas, biosistemas, sociosistemas y tecnosistemas; asimismo, indica la existencia de un orden "jerárquico" de niveles, reconociendo, entre los respectivos sistemas y sub-sistemas, propiedades "resultantes" y propiedades "emergentes" (loc. cit.).

20) MORIN, E.; "El método -Las ideas-"; Ediciones Cátedra, 1992. Siguiendo a Teilhard de Chardin puede afirmarse que, en virtud de la "ortogénesis específica de los Primates"... -esto es, su evolución biológica progresiva-... "(la que los empuja hacia una cerebralidad creciente)"...el Hombre...surge en la flecha de la Evolución zoológica" (de CHARDIN, TEILHARD; "El fenómeno humano"; Ediciones Orbis, 1984); y, como culminación de una "ortogénesis axial" "...que empuja a todos los seres vivos a una consciencia más alta...", se configura sobre el planeta la "capa pensante", es decir, la 'noosfera' (loc cit.).

21) En términos planetarios, de Chardin se refiere a "estas cuatro superficies encajonadas", a saber: 'barisfera' (metálica), 'litosfera' (rocosa), 'hidrosfera' y 'atmósfera' (fluidas); a ellas se suman aquellas otras esferas o niveles que incumben a los seres vivos y, en particular, el hombre (loc. cit.).

22) La expresión "homo miserabilis" empleada en el texto, tiene alcances más modestos, aunque no descarta la homónima acuñada por el pensador austriaco Iván ILLICH, que ubica al hombre supernumerariamente necesitado -por decirlo así-, en la era pos-industrial/pos-moderna; en este sentido, el hombre necesitado habría surgido de "la danza de la lluvia del desarrollo" posterior a la Segunda Guerra Mundial, convirtiendo "la mente y los sentidos del homo sapiens en los del homo miserabilis", siendo que "la mayoría de las personas

que ahora son adultas, son adictas a la energía eléctrica, a las ropas de telas sintéticas, a la comida chatarra y a los viajes...la mayor parte...aceptan sin cuestionamiento su condición humana como dependiente de bienes y servicios, dependencia que ellos llaman necesidad" (ILLICH, IVAN; "Necesidades", citado por ELIZALDE, ANTONIO; MARTI VILLAR, MANUEL y MARTÍNEZ SALVA, FRANCISCO; "Una revisión crítica del debate sobre las necesidades humanas desde el enfoque centrado en la persona"; <https://polis.revues.org>. Por cierto, se supone que este "homo miserabilis" sería socorrido - y, en todo caso, 'disciplinado'- por el 'homo oeconomicus', en virtud del dominio de las herramientas "racionales" a su disposición.

23) El 'homo sapiens', "un especialista de la no especialización", es un 'ente inacabado', esto es, un ser que, como consecuencia del proceso de 'domesticación del hombre', ha sufrido la pérdida de los 'mecanismos desencadenantes innatos' -que permiten "al organismo reaccionar de manera lógica frente a determinadas situaciones de estímulos biológicamente relevantes, 'sin que preceda experiencia alguna' " (LORENZ, KONRAD; "Consideraciones sobre las conductas animal y humana"; Planeta-Agostini, 1965)-; tal pérdida constituye una 'carencia' que, no obstante, promueve el "afán investigador del hombre, en su intento de comprender el mundo", situación que 'perdura hasta la senectud' (loc. cit.); en este sentido, ha dicho ASIMOV: "al principio, todo fue curiosidad...el imperativo deseo de conocer" -características impropias, sin embargo, de la materia inanimada e, incluso, de ciertas especies vivientes- (ASIMOV, ISAAC; "Introducción a la ciencia", Vol. I; Hyspamerica, 1986).

24) MASLOW, ABRAHAM H.; "Motivación y personalidad"; Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1991.

25) von BERTALANFFY, LUDWIG; "Teoría general de los sistemas"; Fondo de Cultura Económica, México, 1995. sostiene este autor que, precisamente, "los fenómenos de regulación según el esquema de retroalimentación están difundidísimos en todos los campos de la fisiología" (loc. cit.).

26) LORENZ, K. (loc. cit.) se refiere al denominado 'impulso de agresividad', que persiste en el ser humano, a pesar de los efectos enervantes que el proceso de domesticación obra sobre los aspectos "instintivos" del mismo.

27) CONDOMI, A.M.; "Los usuarios ante un aspecto del déficit de los servicios estatales de seguridad pública"; www.saij.gob.ar; 3/10/2016.

28) DAVIES, KINGSLEY; "La sociedad humana"; EUDEBA.

29) A este respecto, SARMIENTO, un 'padre fundador de la sociología argentina -más allá de los debates suscitados por su pensamiento y su acción-, ha señalado que "sin ninguna instrucción, sin necesitarla tampoco, sin medios de subsistencia como sin necesidades, él gaucho] es feliz en medio de su pobreza y de sus privaciones, que no son tales para el que nunca conoció mayores goces, ni extendió más altos sus deseos"; y agrega, en particular, que "esta inseguridad de la vida, que es habitual y permanente en las campañas, imprime, a mi parecer, en el carácter argentino cierta resignación estoica para la muerte violenta, que hace de ella uno de los percances inseparables de la vida, una manera de morir como cualquier otra; y puede quizá explicar en parte la indiferencia con que dan y reciben la muerte, sin dejar en los que sobreviven impresiones profundas y duraderas" (SARMIENTO, DOMINGO FAUSTINO; "Facundo -o Civilización y Barbarie-"; Editorial Sopena Argentina S.A., 1958). Podrían trasladarse estos comentarios, sin dificultad, a la actualidad de nuestros grandes centros urbanos y, con mayor razón aún, a sus periferias superpobladas (Gran Buenos Aires, Gran Rosario, etc.).

30) SARMIENTO, D.F.; op cit.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 25 DE OCTUBRE DE 2016

:

Editorial:

Primeros pasos en el derecho del consumo. Decimoctava parte (responsabilidad de proveedores y prestadores)

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 27 DE SETIEMBRE DE 2016

TEMA

RELACION DE CONSUMO-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR

TEXTO

1. "Responder", según BUSTAMANTE ALSINA (1), "significa dar cada uno cuenta de sus actos"; pero, ALTERINI (2) aclara que, en el Derecho de las obligaciones, existe "responsabilidad", tanto "para cumplir cierto deber jurídico" como "por no haber cumplido" ese deber; esto último comprende "el tramo de la sanción". A su turno, desde la teoría general del derecho, KELSEN (3) enseña que corresponde distinguir entre "deber jurídico" y "responsabilidad" en casos en que la sanción no está dirigida 'directamente' contra el infractor inmediato sino contra individuos distintos de éste, pero jurídicamente relacionados con él" conforme al orden normativo vigente; FONTANARROSA (4), con particular referencia al Derecho Comercial, recuerda la diferencia doctrinaria entre "deuda" ("deber del deudor de cumplir la prestación") y "responsabilidad" ("estado de sujeción de...un patrimonio a la agresión del acreedor"); asimismo, GIULIANI FONROUGE (5), criticando la terminología de la ley n° 11.683 de Procedimientos Fiscales, distingue entre "deudores y "responsables" no deudores -p. ej., agentes de retención- de la prestación tributaria.

2. Ahora bien, la responsabilidad civil, en el "tramo de la sanción" indicado por ALTERINI, op cit. -que implica el 'deber de reparar el daño ocasionado'- puede referirse a la existencia de un vínculo jurídico previo con el damnificado, que imponía el cumplimiento de una determinada conducta, desatendida por el deudor (en particular, responsabilidad 'contractual'), o bien a casos de inexistencia de un vínculo anterior, en los que "el acto lesivo constituye la fuente de una obligación nueva" (responsabilidad 'extracontractual') (6); en este sentido, el Código Civil y Comercial (CCC) unificando el régimen de responsabilidad civil, en lo pertinente, en su art. 1716 establece que "el deber de reparar" corresponde, tanto por "incumplimiento de una obligación" (existencia de vínculo jurídico previo), como por "violación del deber de no dañar a otro" (inexistencia de vínculo jurídico previo). Asimismo, se reconocen factores de responsabilidad, 'subjetivos' -basado en la 'culpa' del agente del daño-, y 'objetivos' -que prescinden de la culpa o "de la persona"- (7); nuestro CCC se refiere expresamente a "factores de atribución" de responsabilidad civil, "objetivos o subjetivos", siendo éstos últimos la regla (art. 1721); son 'objetivos' aquellos casos en los que "la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad" (CCC, art. 1722); son 'subjetivos' aquellos atribuibles a título de dolo o culpa (CCC, art. 1724); cuando se promete un resultado determinado, la responsabilidad del agente es objetiva (CCC, art. 1723). (Cómo operan estos criterios en materia de consumo? Veamos.

3. Ante todo, deben destacarse aquellas normas de la propia Ley de Defensa del Consumidor (n° 24.240 y mod. -LDC-) que se refieren a la responsabilidad de proveedores y prestadores.

3.1 Así, el art. 54, LDC, sienta el principio de 'reparación integral' específico en la materia, el que, como tal, "comprende el resarcimiento de todo daño actualmente cierto, sea como daño emergente o lucro cesante, directo o indirecto, patrimonial o moral, presente o futuro" (8); el daño "directo" -esto es, aquél ocasionado de manera 'inmediata' sobre los bienes o sobre la persona del consumidor- puede ser reclamado incluso en sede administrativa, conforme al art. 40 bis, LDC, aun cuando su determinación y resarcimiento se ven actualmente bastante condicionados (9). El principio en comentario alcanza rango constitucional -sin perjuicio de lo que se indica más adelante,

n° 4.1 del presente- plasmado dentro de los derechos 'primarios' de consumidores y usuarios, en particular, en el de "protección de sus intereses económicos", art. 42, Cons. Nac. Asimismo, como es sabido, entre las "Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor", 1985/1999, se encuentra el principio general de "promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores" (loc cit, II, b) y, en particular, "la posibilidad de compensación efectiva al consumidor"; sobre este particular, señala STIGLITZ (10) que tal circunstancia, es decir, "la vigencia efectiva del derecho a la compensación, la 'reparación de los daños' sufridos", enunciada "entre las necesidades legítimas de los consumidores" (Directrices.., II, 3), se implementa en un "sistema de 'garantías y responsabilidades' ", ubicado actualmente en el punto III, E, de las Directrices aludidas (11). Es de interés destacar que, en el ámbito porteño, el art. 46, Cons. CABA, establece que "la Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo", asegurando que "protege su patrimonio"; subrayo el término "patrimonio" como objeto de protección constitucional local, de momento que el mismo, a la par de presentar un carácter 'objetivo' -algo distante del que sugiere la expresión "intereses económicos", de límites no muy definidos y nunca exenta de cierta 'carga de subjetividad' relativa a su titular-, implica un conjunto de elementos integrados, con relevancia económica, cuya plenitud debe ser restituida por la correspondiente reparación de los daños atribuidos al proveedor, con referencia a la situación de consumo respectiva: la protección al patrimonio se efectiviza mediante una reparación plena o integral, manteniendo incólume al mismo e indemne a su titular (consumidor/usuario).

3.2. A su turno, el art. 40, LDC, establece la 'solidaridad' entre los distintos proveedores/prestadores intervinientes "si el daño al consumidor resulta del 'vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio'", pudiendo liberarse sólo "quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena"; el transportista responde, limitadamente, por los perjuicios derivados " 'a la cosa' con motivo o en ocasión del servicio". A este respecto, puede citarse el fallo de la Sala I, Cám. Fed. La Plata, autos "Estmar S.H. c/Edesur S.A. s/ordinario", del 06/08/2009, en el que se señaló que: 1) el art. 40, LDC, cit., "extiende la responsabilidad a todos los integrantes de la cadena de producción o comercialización" (red de provisión); 2) esa responsabilidad es 'solidaria'; 3) la norma establece una imputación 'objetiva' de responsabilidad, prescindiendo de los factores subjetivos y de la prueba de culpabilidad; 3) la misma se sustenta "en el riesgo creado tratándose de bienes o el deber de garantía en el caso de servicios"; 4) "se invierte el onus probandi" ya que el consumidor sólo deberá acreditar el defecto, el daño y el nexo causal entre el defecto y el daño, debiendo el proveedor demostrar que la causa del daño le ha sido ajena", a cuyo efecto es suficiente "que no exista ninguna otra explicación lógica más que la existencia de un defecto en la prestación del servicio", ya que "ante la duda la presunción siempre debe jugar a favor del consumidor (Art. 3° de la Ley N° 24.240)". Téngase presente que, en todo caso, conforme al art. 53, párrafo 3°, LDC, incumbe a proveedores y prestadores "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". Ver, asimismo, 'infra', n° 4.2.

3.3 En cuanto a la responsabilidad relativa a las 'condiciones de seguridad de bienes y servicios' a cargo de proveedores y prestadores, cabe recordar las normas contenidas en los arts. 5°, 6°, 9° y 13, LDC, referidos a estas circunstancias. El art. 5°, LDC, cit., que establece que el suministro o prestación de bienes o servicios, deben serlo en condiciones tales que, utilizados conforme a los estándares de cada supuesto ("condiciones previsibles o normales de uso"), no resulten peligrosos para el destinatario. El art. 6°, LDC, cit., que obliga a proveedores y prestatarios, en caso de comercializarse "cosas y servicios riesgosos", a observar los estándares técnicos y normativos tendientes a "garantizar la seguridad" de los consumidores o usuarios. A su turno, el mencionado art. 9°, LDC, prevé que la oferta pública de "cosas deficientes, usadas o reconstituidas" debe realizarse indicando tales circunstancias "en forma precisa y notoria".

3.4 Respecto de la 'responsabilidad relativa a las garantías legales'

debidas por proveedores y prestadores, cabe mencionar: 1) Tratándose de comercialización de "cosas muebles no consumibles" (art. 11, LDC): los respectivos proveedores "deben asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos", asumiendo responsabilidad solidaria respecto "del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal" (arts. 12 y 13, LDC). En caso de "reparación no satisfactoria", y sin perjuicio del reclamo por daños y perjuicios, deben los proveedores, a elección del consumidor: sustituir "la cosa adquirida por otra de idénticas características", o recibir "la cosa en el estado en que se encuentre" abonando "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 se hubiere efectuado pagos parciales", o bien, afrontar "una quita proporcional del precio" (art. 17, LDC); ello, sin perjuicio de "la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios" (art. 18, LDC). 2) En caso de "deficiencias en la prestación del servicio", "el prestador...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".

3.5 Respecto de los 'servicios públicos domiciliarios': 1) la responsabilidad de los prestadores puede reclamarse, tanto ante la autoridad de aplicación prevista por la LDC, como ante aquella "instituida por legislación específica" (art. 25, Ley cit.) -sin perjuicio del reclamo judicial, claro está-; 2) en caso de facturación indebida o mero reclamo del pago de facturas ya abonadas, a pedido del usuario, el proveedor debe la indemnización correspondiente (arts. 25 y 31, LDC); 3) el prestador es responsable por la interrupción o la alteración del servicio; estas circunstancias se imputan, bajo presunción, "a la empresa prestadora" (art. 30, LDC; 4) en general, compete al proveedor, en caso de reclamo, "acreditar en forma fehaciente que el consumo facturado fue efectivamente realizado" (art. 31, LDC, cit.).

4. A su turno, algunas normas sobre responsabilidad civil del CCC resultan, en particular, aplicables en materia consumataria, en cuanto compatibilicen con el régimen tutelar respectivo.

4.1 En primer lugar, cabe citar el art. 1740, CCC, que consagra, genéricamente, el principio de 'reparación integral', antes referido, en términos de "reparación plena". La norma establece: "La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable". En tanto principio general del derecho, se le concede rango constitucional, relacionándolo con el art. 19 de nuestra Ley Suprema, en conexión con el principio 'alterum non laedere' y a tenor de lo resuelto por la CSJN en autos "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA", 21/09/2004, entre otros" (12); con todo, respecto de la norma civil, se aclara que sólo es resarcible "el admitido por el ordenamiento jurídico. Se trata, entonces, de la plenitud jurídica de la indemnización (derecho a ser reparado en toda la extensión establecida por la ley)" (13). (Puede acotarse que, tratándose de bienes de uso doméstico -electrodomésticos, automotores, mobiliario, herramientas para el hogar, etc.- no es raro que el consumidor prefiera la reposición en especie -situación que no puede descartarse, incluso respecto de la prestación de servicios, ya que al usuario le interesa, porque así le resulta útil, la correcta prestación del mismo-; la norma en comentario concede, expresamente, la opción por el "reintegro específico" al damnificado). Por lo demás, a los fines indemnizatorios, la reparación comprende "las consecuencias dañosas que tienen nexo causal 'adecuado' de causalidad con el hecho productor del daño"; incluyendo, en principio, las inmediatas y las mediatas previsibles" (art. 1726, CCC).

4.2 Con respecto al criterio de responsabilidad solidaria pasiva, que pesa sobre un conjunto de deudores, el art. 828, CCC, establece que "la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título

constitutivo de la obligación"; en nuestra materia, queda claro que la imposición de la solidaridad de proveedores y prestadores surge, "inequívocamente", del art. 40, LDC, cit., aclarando el art. 827, CCC, que "hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores".

Corresponde aclarar que el transportista, en tanto proveedor, halla limitada su responsabilidad, sin embargo, a "los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio" -LDC, norma cit.-, es decir, circunscripta al ámbito del transporte en sí, esto es, 'al vicio o riesgo del servicio concretamente prestado por este proveedor'. En el ámbito contractual, conforme al art. 1287, CCC, en caso de pluralidad de transportistas o cargadores del traslado respectivo, "si el transporte es asumido por varios transportistas en un único contrato, o no se puede determinar dónde ocurre el daño, todos ellos responden solidariamente sin perjuicio de las acciones de reintegro"; entiendo que esta disposición aplica y favorece al consumidor/usuario, cuando su proveedor directo haya "tercerizado" el transporte respectivo, ya que el transportista o cargador comisionado por aquél, asume su condición de prestatario en los términos del art. 2º, LDC, y las responsabilidades del art. 40, del mismo cuerpo legal, cit. Ello así ya que, en el primer supuesto, al asumir el transporte los acarreadores en conjunto, la responsabilidad solidaria compartida responde a la propia voluntad de ellos, esto es, ha sido auto-impuesta; en el segundo caso, queda claro que, si no es posible determinar dónde ocurrió el perjuicio, ninguno de los transportistas podrá demostrar que "la causa del daño le ha sido ajena", en los términos del art. 40, LDC, cit.)

A su turno, el art. 1722, CCC, determina que "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"; a mayor abundamiento, el art. 1736, CCC, establece que "la carga de la prueba de la causa ajena...recae sobre quien la invoca"; y, en particular, el art. 1723, CCC, en sentido inclusivo, aclara que si "el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva. En este sentido, atento a lo previsto por el art. 40, LDC, cit., no procede requerir al consumidor/usuario la prueba del factor de atribución en los términos del art. 1734, CCC. La 'inecuación' entre proveedores/prestadores, por una parte, y consumidores/usuarios, por la otra -particularmente cuando un consumidor o usuario aislado se enfrenta a toda una 'red' de proveedores y prestadores- evidenciando el 'desequilibrio' existente entre ellos, justifica dispensar al sujeto tutelado, de demostrar que ha operado un factor subjetivo de atribución de la responsabilidad de uno o más integrantes de la mencionada red, evitándose, así, "exigir al consumidor] una prueba diabólica de imposible cumplimiento" ("Estmar S.H. c/Edesur S.A. s/ordinario", cit.). Ocurre, además que, por aplicación del 'principio de buena fe/transparencia' (14), sub-especie "buena fe-creencia", la confianza depositada en el proveedor (aspecto subjetivo), derivada de la apariencia desplegada por éste en el tráfico comercial (aspecto objetivo), y el carácter "hiposuficiente" del sujeto tutelado (15), habilitan cargar sobre aquél la prueba relativa a la liberación de su responsabilidad. Téngase presente, asimismo, que el art. 1735, CCC, establece que "...el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla..."; si esto es así en materia de atribución subjetiva de responsabilidad, con cuánta mayor razón operará esta norma tratándose de supuestos de responsabilidad objetiva.

4.3 Conforme al art. 1719, CCC, si la víctima asume voluntariamente el peligro de una situación determinada, exime de responsabilidad al presunto agente del perjuicio, si la conducta del damnificado "interrumpe total o parcialmente el nexo causal". Esta norma tiene relevancia en nuestra materia, de momento que, de acuerdo al art. 40, LDC, 'in fine', cit., el proveedor "sólo se liberará total o parcialmente" de su responsabilidad, demostrando "que la causa del daño le ha sido ajena". A este respecto, recordemos que la norma consumeril invocada, dispone, coincidentemente -refiriéndose a proveedores y prestadores- que "sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena" (recuérdese la

jurisprudencia citada más arriba: "Estmar S.H. c/Edesur S.A. s/ordinario", en el sentido que "el consumidor sólo deberá acreditar el defecto, el daño y el nexo causal entre el defecto y el daño, debiendo el proveedor demostrar que la causa del daño le ha sido ajena"; en consecuencia, éste queda liberado, demostrando la existencia de un desvío en la relación "causa- efecto", imputable al consumidor).

4.4 El art. 1742, CCC, faculta al juez a atenuar la responsabilidad del agente del daño, equitativamente, según el "patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho"; a este respecto, se ha señalado que "que la atenuación debe apreciarse con criterio restrictivo, pues rige, en principio, la reparación plena, y la atenuación es una excepción a dicha regla general". Entiendo que, si bien estos factores deben considerarse 'en conjunto', obteniendo así un marco general de referencia a efectos de una eventual disminución del 'quantum' resarcitorio, queda claro que, en principio, la "situación personal de la víctima" debe ponderar, en primer lugar, su condición de consumidor/usuario, esto es, sujeto tutelado por el derecho del consumo en quien, el orden jurídico aplicable supone una 'posición asimétrica' respecto de los integrantes de la red de provisión en general; por la otra parte, ciertos proveedores/prestadores (pequeñas empresas, negocios "de cercanía", de giro comercial limitado, etc) no deberían ser medidos, a la hora de fijar indemnizaciones, con la misma vara que grandes empresas, cadenas de negocios o negocios en red, etc., atendiendo, precisamente, a su estructura organizacional-patrimonial.

4.5 Queda claro, asimismo, que la invalidación de cláusulas que impliquen, por parte del proveedor, su "dispensa anticipada de la responsabilidad", en los términos del art. 1743, CCC, opera plenamente en nuestra materia, atento a la indisponibilidad de los derechos afectados (art. 65, LDC: "la presente ley es de orden público").

(Respecto de la normativa pormenorizada del CCC en materia de responsabilidad civil, puede consultarse, con provecho, el comentario realizado por los Dres. Picasso y Sáenz, loc cit.)

Notas al pie:

- 1).BUSTAMANTE ALSINA, JORGE; "Teoría general de la responsabilidad civil"; Abeledo-Perrot; 9a. edición.
- 2).ALTERINI, ATILIO ANÍBAL; "La responsabilidad en la reforma civil"; Cathedra, 1974.
- 3).KELSEN, HANS; "Teoría General del Derecho y del Estado" -trad. Eduardo García Máynez-; Imprenta Universitaria, México, 1950.
- 4).FONTANARROSA, RODOLFO O.; "Derecho Comercial Argentino (Parte General); Tomo I; Víctor P. de Zavalía Editor; 1975.
- 5).GIULIANI FONROUGE, CARLOS M.; "Derecho Financiero"; Volumen I; Depalma, 1982. La mencionada Ley n° 11.683 sigue refiriéndose, entre los "sujetos de los deberes impositivos", a "responsables por deuda propia" y a "responsables del cumplimiento de la deuda ajena".
- 6).BUSTAMANTE ALSINA, J., op cit.
- 7).BUSTAMANTE ALSINA, J., op cit.
- 8).CONDOMI, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte"; www.infojus.gov.ar; 25/10/2013.
- 9).En efecto, la reciente Ley 26.994 -ANEXO II- al modificar el art. 40 bis, LDC, cit., además de excluir el resarcimiento por vía administrativa, en general, respecto de los derechos extrapatrimoniales (personalísimos, daño moral, etc.), condiciona las facultades de los organismos respectivos, a su habilitación por la norma que los crea, su especialización técnica, su independencia e imparcialidad, y a que sus decisiones queden sujetas a revisión judicial adecuada.
- 10).STIGLITZ, GABRIEL A.; "El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur"; LA LEY, 19/05/1995.
- 11).Cito: III, "E. Medidas que permiten a los consumidores obtener compensación.
32. Los gobiernos deben establecer o mantener medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y

asequibles. Al establecerse tales procedimientos deben tenerse especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores de bajos ingresos.

33). Los gobiernos deben alentar a todas las empresas a solucionar las controversias con los consumidores en forma justa, rápida y exenta de formalidades, y a crear mecanismos voluntarios, como servicios de asesoramiento y procedimientos extraoficiales para presentar reclamaciones, que puedan prestar asistencia a los consumidores.

34). Se debe facilitar a los consumidores información sobre los procedimientos vigentes y otros procedimientos para obtener compensación y solucionar controversias.

Puede agregarse, asimismo, la siguiente disposición: III, B, "20. Los gobiernos deben velar, si procede, porque los fabricantes o minoristas aseguren la disponibilidad adecuada de un servicio confiable posterior a la venta y de piezas de repuesto".

12). Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis R. J.; Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo IV; Infojus, 2015, donde se cita que "la indemnización debe ser integral o justa (...) ya que si no lo fuera y quedara subsistente el daño en todo o en parte, no existiría indemnización", CSJN, fallo cit.

Asimismo, se señala que "el principio de la reparación íntegra o plena del daño... constituye un arbitrio interpretativo de jerarquía constitucional y supraconstitucional, al que se acude para fundamentar la determinación del daño, por un lado, y su cuantificación, por el otro" (FERNÁNDEZ BALBIS, AMALIA; "El principio de congruencia y la reparación integral del año"; www.elateneo.org/documents).

13). Picasso, S. y Sáenz, L. R. J.; op cit.

14). CONDOMI, A. M.; "Primeros pasos... Segunda parte"; cit.

15). CONDOMI, A. M., op cit.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 27 DE SETIEMBRE DE 2016

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.19, Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.5, Ley 24.240 Art.6, Ley 24.240 Art.9, Ley 24.240 Art.11, Ley 24.240 Art.12, Ley 24.240 Art.13, Ley 24.240 Art.17, Ley 24.240 Art.18, Ley 24.240 Art.25, Ley 24.240 Art.30, Ley 24.240 Art.31, Ley 24.240 Art.40 Bis, Ley 24.240 Art.53, Ley 24.240 Art.54, Ley 24.240 Art.65, LEY 26.994 Art.827, LEY 26.994 Art.828, LEY 26.994 Art.1716, LEY 26.994 Art.1719, LEY 26.994 Art.1721, LEY 26.994 Art.1722, LEY 26.994 Art.1723, LEY 26.994 Art.1724, LEY 26.994 Art.1726, LEY 26.994 Art.1734, LEY 26.994 Art.1735, LEY 26.994 Art.1736, LEY 26.994 Art.1740, LEY 26.994 Art.1742, LEY 26.994 Art.1743, LEY 11683 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 821/98

Reformas recientes en la ley de defensa del consumidor

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 22 DE SETIEMBRE DE 2016

TEMA

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INFORMACION AL CONSUMIDOR-CONTRATOS DE ADHESION

TEXTO

1. La Ley de Defensa del Consumidor (N° 24.240 y mod. -LDC-) ha sufrido, recientemente, algunas reformas en su articulado, por medio de las Leyes N° 27.250 (B.O.14/6/2016), 27.265 (B.O. 17/8/2016.) y 27.266 (B.O. 17/8/2016.), arts. 4°, 10 quater y 38, respectivamente. Este trabajo se ocupa de algunas breves reflexiones a su respecto.

2. La Ley N° 27.250, cit., ha reformado el art. 4°, LDC, relativo a 'información' al consumidor. Dice ahora:

"ARTICULO 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. Solo 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".

Como se ve, el primer párrafo del artículo citado, permanece inalterado, introduciéndose un segundo párrafo al mismo; en este agregado, se establece que la información, en tanto derecho 'sustancial' del consumidor (1) -previsto en el art. 42, Cons. Nac.-, debe cumplir con los requisitos de 'gratuidad' y constar 'en soporte físico' (2). Estas exigencias constituyen 'condiciones de acceso a la información' (conditio data) que aporta el proveedor, relacionadas con el 'principio de disponibilidad' de la información (3), de momento que, ambas condiciones coadyuvan a facilitar el acceso del consumidor a la misma: la "gratuidad", de momento que realiza, en lo pertinente, el principio general de 'economía' del Derecho del consumo, al eximir al "débil" de cargas económicas cuando debe efectuar un reclamo ó consulta] proveniente de una relación de consumo, facilitándole el libre acceso a las vías pertinentes" (4); a su turno, el requisito de instrumentar la información "en soporte físico", entiendo que se refiere a evitar su implementación, exclusivamente, 'por medios virtuales', ya que el consumidor no tiene obligación legal de incursionar en el ejercicio de destrezas informáticas para acceder al "conjunto de datos (notitia) que debe proporcionar el proveedor al consumidor, coadyuvando a la decisión de consumo de éste" (5), siendo que, además, en la medida en que dicha información constituya publicidad del bien o servicio, las precisiones formuladas en ella "se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente (art.. 8°, LDC).

3. Por su parte, la Ley n° 27.265, cit., ha introducido en la LDC el art. 10 quater, referido a las "condiciones de la oferta y venta". La norma reza textualmente:

"ARTICULO 10 quáter: Prohibición de cobro. Prohibase el cobro de preaviso, mes adelantado y/o cualquier otro concepto, por parte de los prestadores de servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, en los casos de solicitud de baja del mismo realizado por el consumidor ya sea en forma personal, telefónica, electrónica o similar".

Como se ve, la nueva disposición legal, en aras del principio genérico de 'economía', antes citado, y a fin de evitar posibles abusos de los prestadores en contra de los respectivos usuarios (favor debilis) -en particular, tratándose de 'servicios públicos domiciliarios', supuesto de candente actualidad-, prohíbe expresamente el cobro, 'por cualquier concepto', de suma alguna en caso que el consumidor solicite la baja del servicio prestado, 'cualquiera sea el medio utilizado para hacerlo'.

4. Finalmente, se han agregado dos párrafos al art. 38, LDC -referido a "Contrato de adhesión. Contratos en formularios", por obra de la Ley n° 27.266, cit., dentro del contexto de "términos abusivos y cláusulas contractuales ineficaces", que ahora dispone:

"ARTICULO 38. - Contrato de adhesión. Contratos en formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.

Todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública y privada, que

presten servicios o comercialicen bienes a consumidores o usuarios mediante la celebración de contratos de adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir.

Asimismo deben 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 lugar visible con la siguiente leyenda: "Se encuentra a su disposición un ejemplar del modelo de contrato que propone la empresa a suscribir al momento de la contratación".

Ciertamente que estas previsiones legales coadyuvan a consolidar el mentado derecho a la información de consumidores y usuarios, presentes o potenciales, incluso en las etapas precontractuales (6); con particular referencia a sus caracteres de 'disponibilidad' y 'plenitud' (7), con observancia, en su caso, del principio genérico de 'economía' antes mencionado. En este sentido, con carácter general y previo a "la celebración de contratos de adhesión", se establece la obligación legal del proveedor o prestador de "publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir"; asimismo, se determina la exigencia de comunicar al consumidor, "en lugar visible", que éste dispone de "un ejemplar del modelo de contrato que propone la empresa a suscribir al momento de la contratación"; además, un ejemplar debe ser entregado al consumidor "sin cargo y con antelación a la contratación" (8). Estas exigencias legales tienden a proteger al interesado de no poco frecuentes 'sorpresas' contractuales -contemporáneas e, incluso, ulteriores a la realización de la respectiva operación negocial-, vulnerando el principio genérico de "buena fe/transparencia", al menoscabar la 'creencia' que ha depositado el consumidor/usuario en su proveedor/prestador, situación agravada por la posición "hiposuficiente" del sujeto de derecho tutelado por el régimen consumerista.

Notas al pie.

1) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "El árbitro de consumo ante los derechos sustanciales del consumidor"; www.infojus.gov.ar; 20/03/2012.

2) La exigencia de "claridad necesaria que permita su comprensión", ya está prevista -genéricamente- en el primer párrafo del artículo legal en comentario.

3) CONDOMÍ, A. M.; "Apostillas procesales: el principio de la información; (Doctrina Judicial; 26/7/2000).

4) CONDOMÍ, A. M.; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte"; www.infojus.gov.ar; 25/10/2013.

5) CONDOMÍ, A. M.; "El árbitro de consumo...", cit.

6) FERRARI, MATIAS; "Más cambios en la Ley de Defensa del Consumidor: publicidad de los contratos de adhesión"; <http://www.abogados.com.ar/>. Este autor recuerda que la Ley N ° 2.695, CABA, de 2008, ya preveía obligaciones similares.

7) CONDOMÍ, A. M.; "Apostillas procesales...", cit.; "El árbitro de consumo...", cit.

8) CONDOMÍ, A. M.; "Primeros pasos..Segunda parte", cit. Con referencia a los contratos bancarios, el Código Civil y Comercial, en su art. 1380, establece que "el cliente tiene derecho a que se le entregue un ejemplar del contrato]". Es una saludable disposición, ya que es frecuente que para llevar a cabo cualquier operación bancaria ('presencial') sea menester firmar no menos 4 o 5 formularios, en general redactados 'en letra chica', sin que se nos entregue copia de los mismos; luego, hay que ejercitar la memoria para saber, al menos aproximadamente, qué hemos suscripto y a qué nos hemos obligado.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 22 DE SETIEMBRE DE 2016

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, LEY 27.250, LEY 27.265, LEY 27.266

"Intrínsecos del Consumidor: bajar los costos, pero (A qué "costo" ?)"

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 25 DE AGOSTO DE 2016

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES

TEXTO

1. El Dr. Carlos E. TAMBUSI, reconocido experto en Derecho del consumo, nos alerta acerca de "un enfoque demagógico-populista que agota el tema de nuestro estudio en el rol del consumidor que vigila el correcto peso del fiambre y la fecha de vencimiento del yogurt" (1); en efecto, quienes nos ocupamos de esta disciplina en particular, venimos insistiendo -con énfasis creciente, por cierto-, en el doble carácter 'humano y social', con anclaje 'constitucional' (2) del orden jurídico consumeril, circunstancias que, sin descuidar aquellos aspectos a los que -no sin un toque de ironía- se refiere TAMBUSI, comprenden un universo mucho más amplio y profundo.

2. Por otra parte, se sostiene que, en épocas de crisis socio-económica, "deben ser pocos los que viven en Argentina sin mirar lo que gastan", donde "la comparación de precios y la búsqueda de descuentos y promociones ya es casi un deporte nacional" (3); así, pocos factores emergen a la consideración del consumidor como, precisamente, el del 'costo' y las condiciones de adquisición de los productos que se ofrecen en el mercado (descuentos, "promos", ofertas del día, etc.), a la par de instar a que se agucen los sentidos para controlar la veracidad de aquellas características de los bienes -y servicios- referidas por TAMBUSI, porque, ya que el producto es caro, al menos que cumpla los estándares aceptables.

3. Al mismo tiempo, a nivel 'empresarial', se señala "un escenario recesivo", con "suba de precios", que deriva en "caída de ventas", por lo que resulta menester "bajar los costos", a fin de "sostener la rentabilidad" (4); a este fin, se sugieren algunas medidas tendientes a "establecer una cultura de austeridad, superación y mejora continua, que genere reducciones de costos incrementales de forma natural" (5). Las líneas de acción propuestas -entendiendo que dirigidas, implícitamente, a las "pymes", que conllevan buena parte de las crisis económicas imperantes-, tienden a minimizar el rol de la denominada "estrategia de 'cortar el chorro' " (6), esto es, medidas 'coyunturales' y 'cortoplacistas', que suelen resultar inoperantes y hasta contraproducentes ("el remedio será peor que la enfermedad"); en cambio, se sugiere un 'enfoque metodológico' que, "una vez instalado el clima de ahorro", transcurre en tres etapas: 'comprensión' del problema y sus vicisitudes, 'implementación' del plan de ahorros, y 'sostenimiento' de los mecanismos respectivos (7).

4. Asimismo, se señala que, tanto las empresas, como el consumidor individual -y su "grupo familiar o social", art. 1º, Ley de Defensa del Consumidor (LDC), n° 24.240 y mod.-, constituyen 'unidades económicas': "organizadas financiera y jurídicamente" las empresas y, "domésticas" - "figuras sociales específicas"-, las que se refieren a consumidores y usuarios (8); precisamente, la denominada "economía doméstica", regula "las necesidades individuales - y grupales acotadas, diríamos- en vista del monto dado de los ingresos y de la posición social tanto dentro de la unidad doméstica como fuera de ella" (9). Este factor socio/económico determinante -destacado por el sociólogo alemán FÜRSTENBERG, que vengo citando- opera como 'condicionante' de la aptitud de consumidores y usuarios para afrontar los gastos, es decir, los 'costos' necesarios para atender a sus necesidades, esto es, carencias y apetencias.

5. Ahora bien, "establecer una cultura de austeridad, superación y mejora continua", aunque resultara deseable, no es tarea fácil ni, en todo caso, rápida de conseguir, ya que los cambios culturales no se obtienen por

imposición ni, menos aún, por "decreto": las vivencias culturales son tarea común y, principalmente, "cuasi-inconsciente" y de mediano a largo plazo; los modelos y paradigmas culturales se van formando, paulatina e insensiblemente, en un quehacer comunitario cotidiano. En efecto, para delinear la noción de una "comunidad cultural", se conjugan factores tales como 'la sociabilidad humana', la 'transmisión simbólica' -no hereditaria- de la mayor parte de la información compartida, y la 'conducta recurrente' (repetitiva y regular) (10); ello así de momento que la cultura es una "compleja totalidad" (Taylor), de "pautas aprendidas...por los miembros de determinada sociedad", cuya estructura implica "un conjunto de normas...formas acostumbradas...de actuar, pensar y sentir en...sociedad" (11). Dicha "totalidad", claro está, no se configura en el corto plazo ni, menos aún, súbitamente; tales procesos requieren cierta duración de vida compartida en comunidad.

6. Asimismo, aun cuando cada empresa y cada consumidor constituyan unidades domésticas en los términos antes planteados, queda claro que "ahorrar" - bajando costos y, peor aún, "cortando el chorro"-, no significa lo mismo en cada economía; ocurre que los individuos, las familias y los grupos sociales acotados en general -entidades de bien público, sin fines de lucro, cooperativas, clubes "de barrio", etc.-, lejos de perseguir fines de lucro - por reducidos que sean, p. ej. en una pequeña empresa o negocio "de cercanía", muchas veces limitados al núcleo familiar-, centran sus esfuerzos en economías de 'subsistencia', en la medida de incrementar -o, al menos, no resignar- sus 'calidades de vida' (12) o de funcionamiento, diferenciadas, en materia de consumo; en estos términos, la reducción de costos, a la par de implicar una severa readecuación en la planificación de gastos familiares" -e, incluso, empresariales, en el caso de las "pymes", p. ej.)- (13), puede arriesgar o realizar un empobrecimiento en dicha calidad vital o funcional.

7. Ahora bien, queda claro que, en nuestra estructura socio-económica, la subsistencia de buena parte del sector "familias" (o "personas y hogares") antes aludido, depende de ingresos 'acotados' (cuasi-tarifados), provenientes de remuneraciones laborales, tanto del sector ocupacional "formal" como del "informal"; y es, precisamente, en este "universo estadístico" en el que se verifican 'situaciones de pobreza y de indigencia', en términos de niveles de 'bienestar' medidos, en principio, por ingresos diferenciados (14); como, asimismo, sobre la base de una "estructura de pobreza multidimensional", fruto del cruzamiento de indicadores de 'bienestar' medidos 'por ingresos', con indicadores de 'privación de derechos sociales' (15), de modo tal que se contemplan, combinados, factores económicos con factores jurídicos, circunstancia ésta que interesa a nuestra materia, con particular referencia al 'derecho -constitucional- de acceder' al consumo, en tanto derecho 'primario' de consumidores y usuarios (16), seriamente afectado en épocas de crisis socio-económicas, con exigencias como las indicadas.

8. Así las cosas, "bajar los costos" para sectores "vulnerados" del tejido social -vía decrecimiento del consumo, estimulado por una creciente carestía de vida (suba de precios de bienes de primera necesidad y servicios públicos, inflación generalizada), añadida a una declinación en los ingresos y expectativas del grupo familiar (salarios deprimidos, riesgo de pérdida laboral), en el contexto descripto, sólo puede -al menos en el corto plazo- empeorar la situación socio-económica aludida, respecto de quienes, aun cuando tengan cabal "comprensión" de la problemática que los aqueja, parece poco viable proponerles la "implementación" de un plan de ahorros y, menos aún, el "sostenimiento" del mismo ni siquiera en el mediano plazo: sus urgencias de sobrevivencia son inmediatas.

9. A su turno, los sectores sociales "medios" (particularmente, los medios "bajos"), no parecen escapar al cuadro de situación descripto, aun cuando puedan contar con una estructura de sustentación económica algo más sólida; en este sentido, el "ahorro" exigido puede afectar la satisfacción de carencias ubicadas "por encima" de las básicas, sin mengua de la base de subsistencia antes referida. Aun así, en tanto 'se sufre en la medida de lo vivido', la sola sujeción a nuevas privaciones y, con mayor razón aún, el riesgo de caer bajo la línea de pobreza -y, con ello, transitar en una movilidad socio/económica descendente- atenta contra la calidad de vida - particularmente, en su especie "género de vida" (vid nota 12)- de los

consumidores integrantes del estamento social medio/medio-bajo.

10. Por su parte, los sectores sociales más beneficiados económicamente, aun cuando cuenten con capacidad de ahorro en dos sentidos posibles ("ahorro" como recorte de gastos -según se viene tratando en este trabajo-, y ahorro en sentido técnico -es decir, como "la parte del ingreso personal disponible que no se consume" (17)-, no por ello se convierten en "rivales" de los otros estamentos, atento al 'principio de configuración genérica' del concepto "consumidor", según el cual, se sitúa "al consumidor/usuario en el centro de la estructura de consumo" habilitando "un concepto genérico del término; esto es, sin calificaciones en particular, por su sola condición de destinatario final de bienes y servicios" (18).

11. En conclusión: aun partiendo de un concepto 'genérico' de "consumidor" - en tanto destinatario final de bienes y servicios-, es posible -y necesario-, distinguir entre distintos 'sectores socio/económicos', a fin de evaluar las 'políticas públicas' que afecten sus 'capacidades de consumo diferenciadas', en la inteligencia de que "bajar los costos" ("ahorro") -en el sentido, incluso, de privarse de determinados productos (bienes y servicios) de primera necesidad-, no implica lo mismo para el colectivo 'global' de consumidores y usuarios -respecto de los cuales no es legítimo establecer un "consumo promedio"- . En todo caso, resulta, asimismo, de dudosa legitimidad jurídica, procurar la baja de precios (inflación) vía retracción de la demanda ("ahorro"), cuando tales acciones operan sobre bienes y servicios esenciales para consumidores y usuarios.

Notas al pie:

1) TAMBUSSI, CARLOS EDUARDO; "Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos", en GORDILLO, AGUSTÍN y otros, "Derechos Humanos", 6a. ed.; Fundación de Derecho Administrativo.

2) Ver: TAMBUSSI, C.E., op cit. PEREZ BUSTAMANTE, "Derecho Social de Consumo"; LA LEY, 2004; CONDOMI, ALFREDO MARIO, "Primeros pasos en el derecho del consumo. Duodécima parte (nexo entre los arts. 41, 42 y 43, de la Constitución Nacional)"; www.infojus.gov.ar; 10/06/2015.

3) LOUSTAUNAU, MARCELO; "(Apretarse el cinturón o adelgazar?; diario Clarín, Supl. iEco, 31/07/2016.

4) LOUSTAUNAU, M.; op cit.

5) LOUSTAUNAU, M.; op cit.

6) LOUSTAUNAU, M.; op cit.

7) LOUSTAUNAU, M.; op cit.

8) FÜRSTENBERG FRIEDRICH, FRIEDRICH; "Sociología económica", Ediciones Manes, 1963.

9) FÜRSTENBERG FRIEDRICH, F., op cit.

10) Ver: FUCITO, FELIPE; "Sociología General"; Editorial Universidad, 1999.

11) HORTON, PAUL B. y HORTON, ROBERT, L.; "Introducción a la Sociología"; El Ateneo, 1987).

12) "Niveles" -aspectos físicos, cuantitativos-, y "géneros" -aspectos inmateriales, cualitativos- de vida. FOURASTIE, JEAN; "(Por qué trabajamos?"; EUDEBA, 1977.

13) Vid: dictamen de la Procuración General de la Nación, FLP, 8399, 2016. Debe destacarse la tendencia propiciatoria a incluir en el régimen legal del consumo a las "pymes", independientemente, incluso, de su "animus lucrandi" (Raluca Stroeie, Iuliana; "Por primera vez las pymes protegidas por una ley de protección a los consumidores independientemente de su ánimo de lucro o su actuación dentro o fuera del ámbito empresarial"; www.uclm.es/centro//cesco, 17/03/2015.

14) Observatorio de la Deuda Social Argentina, UCA; "Pobreza y desigualdad en la Argentina urbana 2010-2015. Tiempos de balance"; <http://www.uca.edu.ar/uca>; 2016.

15) "Pobreza y desigualdad...", cit.

16) CONDOMI, ALFREDO MARIO; "El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor"; www.infojus.gov.ar, 7/12/2011. A mayor abundamiento, nótese que el art. 1094 del Código Civil y Comercial, impone interpretar y aplicar las normas consumeriles "conforme con el principio...de acceso al consumo sustentable", disposición que, conectada con el art. 41, Cons. Nac. (cláusula ambiental) -que establece el 'principio de desarrollo

sustentable' y el 'deber de preservar el entorno ambiental'-, reconoce, expresamente el derecho 'de acceder' al consumo (o de acceso 'efectivo' al consumo.

17) SAMUELSON, PAUL A. y NORDHAUS, WILLIAM S.; "Economía"; McGraw Hill, 2005.

18) CONDOMI, A.M.; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte"; www.infojus.gov.ar; 25/10/2013.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 25 DE AGOSTO DE 2016

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional, Ley 24.240

Primeros pasos en el derecho del consumo. Decimosexta parte (Determinación del concepto de "sujeto de derecho tutelado" en el régimen normativo del consumo)

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 12 DE JULIO DE 2016

TEMA

RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-ACCESO A LA JUSTICIA

TEXTO

1. Más allá de la discusión doctrinaria acerca de la conveniencia -o no- de que el operador-productor de normas (en particular, el legislador) incursione en la 'definición' de conceptos jurídicos al emitir sus disposiciones (1), es claro que, las más de las veces, dicho temperamento se verá justificado en la medida en que, de cada concepto definido surjan consecuencias normativas 'diferenciadas' (2). Ello así de momento que, en todo caso, resultaría insuficiente diseñar un régimen coherente determinado, con la sola asistencia de términos "primarios" -esto es, que no requieren definición-, ni con términos "presupuestos ordinarios" -o sea, que provengan del lenguaje corriente (3)-, ni aun con términos 'presupuestos' derivados de otras ramas del ordenamiento jurídico o de elaboraciones jurisprudenciales o de la doctrina-; sino que habrá que incluir en el discurso normativo términos presupuestos "lógicos" - formales, atinentes a dicha disciplina- y "designativos" -es decir, que se refieren a alguna entidad concreta en particular, tanto del lenguaje ordinario como científico/jurídico-; y, asimismo, términos "específicos"- científico/jurídicos- de la materia en tratamiento.

2. En tal sentido, queda claro, entonces, que el discurso jurídico ha de contar con ciertas 'tipologías', en cuya virtud puedan precisarse el sentido y alcances de los términos empleados en él; a este respecto, p. ej., el derecho penal maneja el concepto de "tipo" para designar "'la determinación conceptual de la figura formal del hecho punible'" (4); otro tanto podría decirse del derecho societario, caracterizado por el principio de "tipicidad", entendiéndose por tal -en cuanto se refiere al concepto "sociedad"- "el ajuste de la estructura, es decir de la forma, a cualquiera de las especies reglamentadas por la legislación", esto es, a las "características...previstas por nuestras leyes" (5); a su turno, el derecho laboral -de carácter 'tuitivo'-, define en qué consiste el "trabajo", "el contrato y le relación de trabajo", "trabajador", "empresa y empresario", etc., a los fines de su regulación (6). El derecho del consumo no escapa a esta característica discursiva . Veamos.

3. En efecto, tanto la Ley de Defensa del Consumidor (n° 24.240 y mod. -LDC-, art. 1°, párrafo primero) como el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCC, art. 1092, párrafo primero) expresamente definen "consumidor" como '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' (art. 1°, ley cit.) (7). Sin embargo, esa definición debe integrarse con la de 'relación de consumo', prevista en el art. 3°, primer párrafo, LDC, coincidente con la del art. 1092, párrafo primero, CCC; en tal sentido, "relación de consumo" es el 'vínculo jurídico que conecta al (un) proveedor con el (un) consumidor'. A su vez, este concepto obliga a acudir a la definición de "proveedor" que, según la LDC (art. 2°) es "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 o usuarios"; a su turno, el CCC (art. 1093) define, implícitamente, al proveedor como "una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o...una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o

goce de bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social". Se trata, así, de definiciones legales 'complementarias' cuyos términos tienden a delimitar el alcance de la cobertura normativa respectiva. De este modo, tres términos definidos legalmente (consumidor, relación de consumo, proveedor) se integran en un concepto "macro" necesario para designar al 'sujeto de derecho' "consumidor" 'propiamente dicho' -sin perjuicio de lo que se expone 'infra' respecto del denominado consumidor "equiparado"- . En efecto; para obtener el "tipo" legal que determina la figura del consumidor 'en sentido propio', puede partirse de la definición de "relación de consumo" -art. 3º, primer párrafo, LDC, y art. 1092, párrafo primero, CCC, cit.-, que implica un vínculo entre "partes", siendo una de ellas el "proveedor" -definido en los términos de los arts. 2º, LDC, y 1093, CCC, cit.-, para recién entonces "redondear" el concepto de la otra parte de la relación de consumo, esto es, el "consumidor" -directo o propiamente dicho-, sujeto del derecho consumerista. Veamos.

4. El concepto legal de "relación de consumo" -que la Constitución Nacional, art. 42, solo menciona pero no define- como vínculo jurídico -fuente de derechos y obligaciones- establecido entre consumidor y proveedor remite, inmediatamente, a los términos en que el propio derecho positivo concibe, precisamente, las partes de ese vínculo. Así, "proveedor", en tales términos, encierra las nociones de 'empresa' y 'profesionalidad', en el ejercicio de actividades productoras de bienes y servicios destinados al consumidor; éste, a su vez, es caracterizado en su condición de "destinatario final" - para sí o para los suyos- de tales bienes y servicios. De este modo, como se ve, partimos de la definición legal de "relación de consumo", pasando por la de "proveedor", para arribar a la de "consumidor", siempre en los términos del derecho positivo vigente.

5. Ahora bien, si la tipología legal consumeril se limita a esta figura del consumidor "directo", "en sentido propio" o "propiamente dicho", esto es, en tanto 'parte' de una relación de consumo, queda claro -en consonancia con el enunciado el art. 42, Cons. Nac., cit.- que el concepto legal se reduce, precisamente, a su carácter de "parte" del vínculo consumatario, aun en sentido 'amplio' -esto es, más allá del ámbito meramente contractual que preveía la LDC en su versión original, art. 1º, ley nº 24.240, año 1993-. Ciertamente, esto puede ser así en el terreno estrictamente terminológico; pero no en cuanto al ámbito de protección de los 'sujetos tutelados' por el derecho del consumo; ello así por razones de peso de orden legal y constitucional que se exponen a continuación.

6. En efecto; desde el punto de vista 'legal', el propio régimen consumerista (LDC, art. 1º, y CCC, art. 1092, cit.), distingue entre "consumidor" (normas cit., párrafo primero) y "quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella" opera como un consumidor -propiamente dicho-, quedando en calidad de "equiparado" (normas cit., párrafo segundo); en consecuencia, y aun no siendo un "consumidor" en sentido propio, este otro 'sujeto' "equiparado" que define la ley, participa, también, de la tutela que le dispensa el derecho del consumo al consumidor directo (8). De este modo, queda claro que el régimen legal citado tutela por igual a los sujetos protagonistas del consumo, consumidor o equiparado, sin que en esto se vea una sensible diferencia respecto de la normativa anterior a las reformas introducidas por la Ley nº 26.994 -ANEXOS I (CCC), y II (ref., entre otras, a la LDC)- (9); sin perjuicio, claro está, del silencio guardado en la reforma legal respecto del "consumidor expuesto" que contemplaba el ex art. 1º, párrafo segundo, oin fineo, LDC (10).

7. En cuanto al ámbito 'constitucional' -y aun cuando el propio texto del art. 42, Cons. Nac., cit., ubica a los sujetos tutelados ("consumidores y usuarios de bienes y servicios"), exclusivamente, al parecer, "en la relación de consumo" ya establecida (11)-, lo cierto es que la cobertura tuitiva se extiende en sus alcances, no sólo por vía legal -en los términos expuestos osuprao- respecto del sujeto "equiparado" (12)-, sino, asimismo, en virtud de disposiciones del propio "bloque de constitucionalidad" (13), que imponen al Estado (en cualquiera de sus niveles y órganos de poder (14)) exigencias relativas a aspectos básicos y centrales de la supervivencia de la persona en sociedad, en conexión con los caracteres 'humano' y 'social' del derecho

consumerista (15). En efecto, tanto el art. 42, Cons. Nac., cit., como la normativa legal antes referida, deben 'integrarse' con disposiciones de carácter 'convencional internacional' sobre derechos humanos, incorporadas al plexo constitucional, conforme al art. 75, inc. 22, de nuestra Ley Suprema. Estas disposiciones garantizan aspectos 'previos' a la concreción del vínculo consumatario, esto es, la situación de 'efectivo acceso al consumo' (16). En estos términos, el sujeto de derecho "consumidor" comprende a 'toda persona' por el sólo hecho de serlo (art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos, y art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (17), en tanto habitante del territorio de la República (art. 4º, CCC) (18).

8. Resumiendo: conforme a la normativa nacional e internacional invocada osuprao, puede proponerse el siguiente concepto: "es sujeto de derecho tutelado por el régimen jurídico positivo del consumo en la República, toda persona, habitante del territorio nacional, en su carácter de destinatario final de bienes y servicios aptos para atender a sus carencias vitales". Esta definición se refiere, así, a: 1) "sujeto de derecho tutelado", esto es, consumidor propiamente dicho y equivalentes; 2) "régimen jurídico positivo del consumo en la República", es decir, el orden normativo en la materia, vigente en la Nación; 3) en tanto "habitante del territorio nacional", de momento que dicho ordenamiento jurídico se aplica a todo aquel que lo habita; 4) como "destinatario final", que implica la eventual utilización de tales bienes y servicios en beneficio propio, individual o grupalmente considerado (19); 5) a fin de satisfacer "sus carencias vitales", expresión que comprende tanto a las necesidades como a las meras apetencias humanas (20).

Notas al pie.

(1) Véanse las razones propiciatorias de la conveniencia de las definiciones legales, aun con reservas, en ARAUZ CASTEX, MANUEL; "Derecho Civil -Parte General-", Tomo I, Empresa Tecnicojuridica Argentina, 1965; BORDA, GUILLERMO A.; "Tratado de Derecho Civil Argentino -Parte General-", tomo I, Abeledo-Perrot, 1999.

(2) Ocurre que, como observara ARAUZ CASTEX (op cit), un cierto término definido en una disposición determinada, es referido implícitamente en otras disposiciones del mismo cuerpo legal -o, incluso en otro- sin necesidad de volver a fijar su contenido. Debe recordarse que aun cuando las 'normas', en sentido propio, consisten en enunciados que enlazan soluciones determinadas a situaciones presupuestas o "casos", el orden jurídico incluye ciertas expresiones definitivas de conceptos referidos en aquéllas (ALCHOURRON CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales"; Editorial Astrea; 1993). A su turno, KELSEN se refería a normas "no independientes", entre las cuales menciona a aquellas "que determinan con mayor especificidad el sentido de otras normas, 'en cuanto definen un concepto utilizado en la formulación de otra norma' ..." -que, en su sistema teórico, debe relacionarse con otro enunciado que contenga la previsión de un 'acto coactivo' para integrar así una verdadera norma "independiente" o, en su anterior terminología, "completa"- (KELSEN, HANS; "Teoría pura del derecho"; trad. Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1982).

(3) En general, la clasificación de "términos" indicada en el texto, se corresponde con la que desarrolla KLIMOVSKY en "Las desventuras del conocimiento científico -Una introducción a la epistemología-"; A-Z editora, 1994.

(4) NÉÑEZ, RICARDO C.; "Manual de Derecho Penal -Parte General-"; Lerner ediciones; 1972.

(5) ZALDIVAR, ENRIQUE y otros; "Cuadernos de Derecho Societario", Tomo 1; Ediciones Macchi S.A., 1973.

(6) Resulta interesante el comentario desarrollado en "Introducción a la teoría social de Max Weber", QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO y otros, Ediciones Pannedille, 1970, acerca de la adaptabilidad de la doctrina del "tipo" en

materia penal, de Beling, a la teoría de los tipos sociales de Weber, destacándose dos notas características de los conceptos del 'delito tipo' penal ('tatbestand') y del tipo 'ideal' de la teoría sociológica aludida: a) su carácter 'descriptivo', en tanto "esquema de interpretación de la conducta"; b) surgen de la experiencia conforme "con lo que ocurre habitualmente con uniformidad" -no se trata de nociones 'a priori' (op cit)-. Estos caracteres son aplicables, sin dificultad, a los conceptos típicos definidos por el derecho consumatario ya que: 1) las definiciones normativamente formuladas se refieren, necesariamente, a 'conductas' que deben ejercer las partes de la relación de consumo; se trata de esquemas descriptivos; 2) tales conductas se observan en la prácticas diarias - experiencias- de consumo.

(7) Si bien, en rigor, ambas normas definen al "consumidor", lo cierto es que todo "usuario" es, por ello mismo, un 'consumidor' -pero no a la inversa-, de donde la tendencia es a referirse genéricamente a éste, aludiendo tácitamente al usuario en tal concepto; nótese, a mayor abundamiento, que la definición legal incluye a quien "utiliza...servicios", situación especialmente referida al usuario. Otro tanto puede señalarse respecto del término "prestador" (de servicios), incluido en el concepto genérico de 'proveedor'.

(8) Desde el punto de vista de la estricta terminología legal, deberíamos referirnos a un "sujeto equiparado" y no, lisa y llanamente, a un "consumidor" equiparado, como sí lo hacía el ex art. 1º, párrafo segundo, LDC.

(9) Puede consultarse, 'inter alios': CONDOMI, ALFREDO MARIO; "El régimen de defensa del consumidor a partir de la vigencia de la ley aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación". www.infojus.gov.ar , 28/4/2015.

(10) Puede consultarse a tal respecto: CONDOMI, A.M.; "Cuestionamientos al nuevo régimen tuitivo del consumo: aspectos relativos al consumidor y al proveedor"; 20/10/2015; y "Pervivencia de normas tutelares del consumo ante reformas legislativas derogatorias"; 11/04/2016; www.infojus.gov.ar.

(11) Téngase presente, liminarmente, que la referencia constitucional a la "relación" de consumo, significó un sensible avance ampliatorio respecto de la norma original contenida en el art. 1º, LDC, restringida a quienes "contratan a título oneroso".

(12) Comparto la sustentabilidad de las disposiciones de rango infraconstitucional que 'amplíen' o 'mejoren' la situación del consumidor respecto de la cobertura prestada por la normativa superior; ello en la medida en que, por esta vía, no resulte un "desequilibrio" de carácter 'inverso' en la relación proveedor-consumidor, irrazonable jurídicamente y hasta contraproducente socio-económicamente.

(13) BIDART CAMPOS, GERMAN J. "Manual de la Constitución reformada"; Tº I, Ed. Ediar, 1996.

(14) CONDOMI, A.M.; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Decimoquinta parte (Alcances jurídicos de la protección y la defensa de consumidores y usuarios)"; www.saij.gob.ar; 10/06/2016.

(15) TAMBUSSI, CARLOS EDUARDO; "Los derechos del consumidor como derechos humanos", en "Derechos Humanos", GORDILLO, AGUSTÍN Y OTROS, Fundación de Derecho Administrativo, 2007. PEREZ BUSTAMANTE, LAURA; "Derecho social de consumo", Editorial La Ley, 2004.

(16) Me he referido -e insistido- en el denominado "derecho de acceder al consumo" con anterioridad (Vid, p. ej.: "Primeros pasos en el derecho del consumo. Decimoquinta parte (Alcances jurídicos...)", cit.

(17) Op cit en la nota anterior.

(18) Por cierto, otras normas del propio texto constitucional ponen en cabeza del órgano de gobierno legislativo la responsabilidad de aportar ciertos marcos genéricos a los fines de propender al consumo, proviendo, p. ej., "lo

conducente a la prosperidad del país" o "al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo", etc. (Cons. Nac., art. 75, incs. 18 y 19); sin perjuicio de las facultades para emitir normativas de implementación del art. cit, inc. 32.

(19) Digo "eventual" utilización de bienes y servicios, ya que, como vengo sosteniendo -Vid: Primeros pasos en el derecho del consumo. Decimotercera parte. (aproximación a la teoría jurídica del consumo"; www.infojus.gov.ar; 06/07/2015)-, puede distinguirse conceptualmente el efectivo "acto" de consumo, de la "situación" -genérica- y la "relación" -concreta- de consumo.

(20) CONDOMI, A.M.; "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Undécima parte (Grupo normativo básico)"; www.infojus.gov.ar; 22/05/2015.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 12 DE JULIO DE 2016

:

Editorial: SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, LEY 26.994 Art.1092, LEY 26.994 Art.1093, Ley 23.313

Primeros pasos en el derecho del consumo. Decimoquinta parte (Alcances jurídicos de la protección y la defensa de consumidores y usuarios)

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 10 DE JUNIO DE 2016

TEMA

RELACION DE CONSUMO-IN DUBIO PRO CONSUMIDOR-DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

TEXTO

1. El ser humano, ente viviente -biológico y social-, en atención a las 'carencias' -necesidades y meras apetencias- propias de la especie, ha menester procurarse la satisfacción de ellas por los medios apropiados. A este fin, deberá recurrir a su 'entorno' y, en sociedades complejas como las actuales requerirá, insoslayablemente, del concurso de sus semejantes; esto así ya que la multiplicidad de la actividad social ha 'diversificado' los saberes y quehaceres, parcelándolos en ámbitos especializados donde, en principio, cada cual produce bienes o presta servicios que otros necesitan, al tiempo que, inevitablemente, cada uno necesita de bienes y servicios que otros producen o prestan. En tal sentido, tanto la producción de bienes como la prestación de servicios tienden, en principio, a satisfacer carencias humanas; éstas, en consecuencia, 'justifican', en último análisis, esas actividades; ello así ya que el 'consumo' de esos bienes y servicios -para satisfacer tales carencias- 'dirigen' el proceso de su producción y prestación (1).

2. El esquema recién esbozado cuenta con un régimen jurídico de protección y defensa respecto de los 'sujetos tutelados del consumo', esto es, los consumidores de bienes y los usuarios de servicios. Dicho régimen tuitivo implica derechos 'fundamentales', de orden 'social' y 'humano'; "fundamentales", en la medida en que son reconocidos a nivel 'constitucional'; "sociales", en tanto emergentes de la 'convivencia en comunidad' -en particular, respecto de desigualdades y desequilibrios que surgen de ella-; y "humanos", en cuanto inherentes a la persona 'por su sola condición de tal', esto es, "derechos elementales de la persona humana" (2) . De modo tal que su sola ubicación en la normativa integrante del denominado "bloque de constitucionalidad" (3) indican su doble carácter, 'supremo y básico', en el ordenamiento jurídico; "supremo, en tanto no existe norma superior alguna que pueda menoscabar el sentido y alcances de tales derechos; "básico", en cuanto implican un elenco mínimo de derechos 'elementales', a partir de los cuales debe construirse el resto de la estructura jurídica-normativa -en todo caso, "aumentada y mejorada", pero nunca disminuida o empeorada-. A su turno, como derechos "sociales", su diseño responde, ante todo, a la insuficiencia de la que la normativa decimonónica -aun a nivel constitucional- adoleciera, ocupada en la tutela de los derechos "individuales" -esto es, del Estado abstinerente de intervenir-, impotente para solucionar los nuevos problemas derivados, p. ej., de las relaciones laborales y del consumo. Finalmente, ante la evidencia de que todo y cada ser humano es, insoslayablemente, consumidor, la categoría, precisamente, "humana" de los derechos que le asiste, surge sin dificultad alguna.

3. A tal respecto, partiendo de la terminología acuñada por ALEXY (4), la cobertura jurídica de consumidores y usuarios -en tanto derechos fundamentales- puede desglosarse en 'protección' y 'defensa' de aquéllos. En estos términos, ambos tipos de derechos se dan "frente al Estado", pero en tanto los derechos 'a protección' tienden a que éste "se encargue de que terceros omitan intervenciones", los 'de defensa', se enderezan a que el propio Estado "omita intervenciones"; de tal modo, en el primer caso, pesa sobre el Estado "el deber de encargarse de que terceros omitan intervenciones"; el segundo, implica "el deber de omitir intervenciones" del propio Estado (5); a su turno, según el autor citado, los derechos a protección "son derechos a acciones 'positivas'", en tanto que, los de

defensa, "a acciones 'negativas'" (op cit).

4. Como es sabido, nuestra Constitución Nacional (art. 42), según la clasificación de STIGLITZ (6), reconoce diversos derechos de consumidores y usuarios (7), que dicho autor distingue entre: a) derechos 'primarios' (de acceso al consumo -libertad de elección; trato equitativo y dignidad en el acceso al consumo-; y a la educación para el consumo); b) derechos 'sustanciales' (a la salud y seguridad; a la información; a la protección de los intereses económicos; calidad de los servicios públicos); c) derechos 'instrumentales' (a la organización; de participación; de acceso a la Justicia; procedimientos eficaces, prevención); el autor antes mencionado ubica a los derechos primarios en la órbita de los "deberes y funciones del Estado", y a los sustanciales dentro de las "soluciones del Derecho de fondo"; a su turno, los instrumentales constituyen "mecanismos de implementación" (op cit.).

5. Ahora bien; la simple lectura de la norma constitucional citada, permite observar que, en tanto las disposiciones de su primer párrafo se ubican en la "relación de consumo" -por lo que afectan sólo al vínculo "entre partes" (proveedor-consumidor/usuario)-, el segundo y tercer párrafo de aquélla se dirigen, directamente, al Estado, a efectos de que éste provea "a la protección de esos derechos" (id., segundo párrafo) y establezca "procedimientos" y "marcos regulatorios" -respecto de servicios públicos- apropiados (ibid., tercer párrafo). En estos términos, queda claro que, en rigor, 'todos' los derechos reconocidos en dicha normativa constituyen, como contrapartida, genuinos 'deberes' establecidos en cabeza del Estado, siendo que éste debe, en todos los casos, "proveer" a su protección, demandándose así, acciones 'positivas' a su respecto. Pero, además, se advierte, también, que las "acciones" (normativas y políticas) estatales exigidas deben tender, no sólo a que el proveedor 'omita' determinadas "intervenciones" nocivas respecto de consumidores y usuarios (p. ej., al prohibir que se brinde información falsa o ambigua que pueda inducir a error, se dé trato inequitativo o indigno, se perjudiquen sus intereses económicos, etc.) sino, 'contrario sensu', a que observe comportamientos 'positivos' a su respecto (brindando "información adecuada y veraz", propiciando "condiciones de trato equitativo y digno", preservando los intereses económicos del consumidor/usuario, etc.; Cons. Nac. art. 42, cit.).

6. A su turno, la 'defensa' -en términos de ALEXY-, parecería reducirse, con referencia a consumidores y usuarios en particular, principalmente, a acciones 'positivas' del Estado respecto de 'su propio comportamiento' -a diferencia de las medidas de "protección", relativas a 'terceros' (proveedores de bienes y prestadores de servicios)-; ello así, en atención al mentado carácter 'social' de los derechos derivados del consumo los que, como se dijo, 'exorbitan' el ámbito de cobertura de los derechos "individuales" -o de 'primera generación'-, de raíz decimonónica. En este sentido, cabe citar, como ejemplo ineludible, uno de los derechos primarios 'primordiales' de consumidores y usuarios; me refiero al denominado "derecho 'de acceder' (o "de ingreso al consumo)", en cuya virtud, toda persona ha de estar en condiciones de obtener la satisfacción 'efectiva' de sus necesidades -en particular, las denominadas "básicas"-, mediante el acceso 'concreto' al consumo. A este respecto, si bien el texto constitucional se refiere a la "relación" de consumo (art. 42, Cons. Nac., cit.) -pudiendo interpretarse que la tutela jurídica operaría sólo una vez establecido el vínculo proveedor-consumidor, sin perjuicio de la extensión de la protección legal al consumidor "equiparado" (art. 1º, párrafo segundo, Ley nº 24.240 y mod. -LDC-, y 1092, párrafo segundo, Código Civil y Comercial -CCC-)-, lo cierto es que existen disposiciones vigentes en la República -que integran el denominado "bloque de constitucionalidad", mencionado 'supra', en virtud del art. 75, inc. 22, Cons. Nac.-, que corresponden a normativas internacionales sobre derechos humanos; cito: art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), y art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - PIDESC-, 'inter alios'; la primera norma dispone, entre otras cosas que, "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez,

vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad"; la segunda, a su turno, impone a los Estados Partes el deber de adoptar las medidas necesarias para asegurar "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia", reconociendo, particularmente, "el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre". Afirmando, entonces, enfáticamente, que el Estado (en todos sus niveles: nacional, provincial, CABA y municipal) tiene el deber primario, impuesto por la normativa constitucional referida, de asegurar a todo habitante de la Nación - arg. Preámbulo Cons. Nac., y art. 4º, CCC-, la cobertura de sus necesidades; en particular, las básicas y fundamentales, debiendo extremar, en épocas de crisis económica como la actual, los medios apropiados que tiendan a ese fin.

7. Pero, en todo caso, cabe preguntarse en qué consistirían, entonces, las omisiones debidas por el Estado, con referencia a la "defensa" -en términos de ALEXY- de derechos fundamentales en el ámbito del consumo porque, a este respecto, en principio, parecerían asistirles dichas acciones defensivas -negativas- a 'empresas y empresarios', en tanto proveedores y prestadores que abastecen el mercado de bienes y servicios; ello así en la medida en que sus derechos básicos de trabajar, ejercer industria lícita, comerciar, publicar ideas sin censura previa, usar y disponer de la propiedad, asociarse con fines útiles, etc. (arts. 14 y 33, Cons. Nac.), se vean amenazados o perjudicados por las normativas y políticas 'activas' del Estado, entre los que podrían encontrarse, ciertamente, los mentados "comportamientos positivos" de sus órganos y organismos a favor de consumidores y usuarios. Es éste un delicado equilibrio entre normativas de raigambre constitucional que, ponderación e interpretación mediante -ya que se trata de "reglas y principios" de esa jerarquía (8)-, debe sustentarse adecuadamente.

8. No obstante, queda en pie el interrogante acerca de cuáles 'omisiones' propias es deudor el Estado 'respecto del colectivo de consumidores y usuarios' - en términos de la "defensa" de derechos fundamentales, que viene exponiéndose-. Sobre este particular, y en atención a los deberes "activos", demandantes de políticas -normativas y acciones concretas- 'positivas', que incumben al Estado -en todos sus niveles-, la respuesta no se hace esperar: le queda vedada toda intervención que menoscabe el plexo de derechos esenciales atinentes al consumo, en particular, aquellos que aseguren el 'sustento vital' -biológico y social, material y espiritual- de todos los habitantes de la República. Entonces, parece claro que 'todo órgano estatal' -incluyendo el judicial-, a través de sus actos de gobierno (9), debe abstenerse de adoptar medidas que puedan afectar negativamente los mencionados derechos consumatarios; tratándose de actos emitidos por los órganos políticos del Estado, la posibilidad de revisión jurisdiccional es insoslayable. En este sentido, aun cuando se sostenga que ciertos actos de los denominados órganos "políticos" del gobierno (legislativo y ejecutivo) no podrían ser revisados judicialmente en cuanto a su 'conveniencia, oportunidad o eficacia' (10) -en atención a que encuadrarían en la figura de las "cuestiones políticas, y sin perjuicio de la categoría de los "actos institucionales"-, queda claro que los actos de gobierno resultan justiciables en la medida en que -cualquiera sea la "naturaleza" que se invoque a su respecto-, puedan afectar derechos fundamentales amparados constitucionalmente (11).

9. Asimismo, debe tenerse presente que, conforme al denominado "principio de autopreservación del Régimen de Derechos Humanos"(12), "se establece una suerte de "reaseguro" de la normativa sobre Derechos Humanos" (13), en cuya virtud ninguna acción estatal puede vulnerar el "carácter 'irreversible' y 'progresivo' de los derechos humanos" (14). Queda claro, entonces, que dicho principio resulta enteramente aplicable a las "omisiones" que, en materia consumeril -atento a la vigencia de los derechos humanos que asisten a consumidores y usuarios- debe observar el Estado (en todos sus niveles y por cualquiera de sus órganos, como se dijo), correspondiendo, en consecuencia, que se abstenga de adoptar medidas (normativas y acciones concretas) que puedan perjudicar a los sujetos tutelados.

(1) He tratado estos conceptos, con algún detalle, en trabajos anteriores publicados en www.infojus.gob.ar (actualmente, www.saij.gob.ar), en la serie "Primeros pasos en el Derecho del Consumo": (Cuarta parte. (Vicisitudes del consumidor), 22/11/2013; Séptima parte. (Modelización del Derecho del consumo), 03/0/2014; Novena parte (Desde el consumo), 05/03/2015; Décima Parte (Vicisitudes del proveedor), 06/05/2015.

(2) TAMBUSSI, CARLOS EDUARDO; "Los derechos del consumidor como derechos humanos", en "Derechos Humanos", GORDILLO, AGUSTÍN Y OTROS, Fundación de Derechos Administrativo, 2007,

(3) BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ; "Manual de la Constitución reformada", T I, Editorial Ediar, 1996.

(4) ALEXY, ROBERT; "Teoría de los derechos fundamentales"; Centro de Estudios constitucionales; Madrid, 1993.

(5) ALEXY, R.; op cit.

(6) STIGLITZ, GABRIEL A.; "El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur"; La Ley, 19/05/1995.

(7) Puede consultarse, asimismo: CONDOMÍ, A.M; www.saij.gov.ar; "El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor"; 07/12/2011. "El árbitro de consumo ante los derechos sustanciales del consumidor"; 20/03/2012. "El árbitro de consumo ante los derechos instrumentales del consumidor"; 12/04/2013.

(8) Cabe recordar la distinción de DWORKIN entre "normas o reglas" y "principios" (DWORKIN, RONALD; "Los derechos en serio", Planeta-Agostini, 1993).

(9) Téngase presente que el denominado "Poder" judicial -en rigor, el 'órgano' que ejerce el poder jurisdiccional del Estado- también es 'parte' del gobierno siendo los suyos verdaderos "actos de gobierno" tanto como los del legislativo y el ejecutivo (el "Poder" judicial integra el Gobierno- (Cons. Nac., Segunda Parte, Título I, Sección III-).

(10) BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, cit. por CASSAGNE, JUAN CARLOS: "El acto administrativo"; Abeledo-Perrot, 1978).

(11) Sobre el tema: CASSAGNE, J.C., op cit. Aclaro que, por cierto, no comparto la idea del denominado "gobierno de los jueces" (CASSAGNE, op cit), y que, por encima del así llamado "gobierno de los hombres", ubico, en aras del sistema democrático, un "gobierno de leyes", no sólo en cuanto a "hallar un método efectivo para controlar la autoridad ilimitada del poder ejecutivo y de los jueces" (SILVING, HELEN; "Derecho positivo y derecho natural", trad. de Genaro Carrió, EUDEBA, 1966) -preservando la separación de poderes y la seguridad jurídica (op cit)-, sino para garantizar el sometimiento de los propios órganos de gobierno al orden jurídico instituido, particularmente, el constitucional.

(12) CONDOMÍ, A.M.; "Código Civil y Comercial: Incidencia en materia de interpretación e integración de los contratos de consumo"; www.saij.gob.ar; 01/10/2015.

(13) CONDOMÍ, A.M.; "Pervivencia de normas tutelares del consumo ante reformas legislativas derogatorias"; www.saij.gob.ar; 11/04/2016.

(14) CONDOMÍ, A.M.; op cit en nota anterior.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 10 DE JUNIO DE 2016

:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, LEY 26.994
Art.1092, Ley 23.313*

Pervivencia de normas tutelares del consumo ante reformas legislativas derogatorias

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 11 DE ABRIL DE 2016

TEMA

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RELACION DE CONSUMO-CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

TEXTO

1. La temática que abordo en esta oportunidad, está referida a ciertas particularidades interpretativas que sugieren las recientes modificaciones operadas en el régimen consumeril, mediante la Ley n° 26.994, cuyo ANEXO I instituyera el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCC), en tanto su ANEXO II introduce reformas a la Ley de Defensa del Consumidor (n° 24.240 y mod. LDC).

2. Trataré, en concreto, de la eliminación de: A) la categoría de consumidor "de cualquier manera expuesto"; y, B) el principio "pro consummatore" relativo al plazo de prescripción liberatoria en la materia (1). A este fin, trazaré un breve panorama diacrónico de las normativas respectivas y luego centraré la exposición en el tema específico que incumbe a este trabajo.

3. A) El consumidor "de cualquier manera expuesto". La evolución de la normativa sobre este punto puede establecerse en cuatro etapas.

A.1) La primera de ellas se ubica en el breve período que transcurre desde la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor, versión original, n° 24.240 de octubre/1993 hasta la reforma constitucional de 1994; en este lapso, la defensa y protección de consumidores y usuarios se limitó al ámbito "contractual", a título oneroso, atento a lo previsto en el art. 1°, de la Ley citada; sin perjuicio de que el D. Regl. N° 1798/94, extendía la cobertura a la recepción a título gratuito de cosas o servicios pero, "en función de una eventual contratación a título oneroso".

A.2) Con la reforma constitucional de 1994, se amplía el campo de tutela en la materia, extendiéndola a todos "los consumidores y usuarios de bienes y servicios...en la relación de consumo" (Cons. Nac., art. 42), no requiriéndose ya, a tal fin, la contratación a título oneroso prevista en la ley.

A.3) Con el dictado de la Ley n° 26.361, de 2008, se modifica el art. 1°, LDC, incluyendo tres categorías de "consumidor" a los fines legales: el consumidor "en sentido propio o directo" (norma cit. Párrafo 1°), el "equiparado o indirecto" (norma cit., párrafo 2°) y el "expuesto" (norma cit., párrafo 1°, 'in fine'); de este modo, se da amplia cobertura a toda persona en 'situación de consumo', independientemente de su fuente u origen, por vía directa o indirecta e, incluso, por mera exposición -pasiva, cualquiera sea ésta- a una práctica de mercado (2).

A.4) Finalmente, la reciente Ley n° 26.994, cit., introdujo reformas al art. 1°, LDC, cit., coincidentes con la redacción del art. 1092, CCC, referido a la relación de consumo. En efecto, tanto uno como el otro reducen las categorías de "consumidor" al "propiamente dicho" y al "equiparado", suprimiendo la de "expuesto"; a su turno, el art. 1096, CCC, respecto de situaciones de consumo de origen 'contractual', da cobertura a "todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no", aunque refiriendo esta figura a las categorías definidas en el mentado art. 1092, CCC; en consecuencia, la situación de estas "personas expuestas", además de estar limitada al ámbito contractual, no configura aquel "consumidor" de carácter 'residual' que preveía el citado art. 1°, LDC, en su anterior versión; por lo demás, la supresión de esta categoría ya había sido anunciada -con argumentos dudosos- en los "Fundamentos" del anteproyecto de ley respectivo, por la Comisión

redactora (3). De todos modos, queda claro que, en la medida en que dicha eliminación implica una "desprotección" para ciertos consumidores y usuarios, se advierte una franca "involución" en el devenir normativo consumeril.

4. B) El principio "pro consummatore" relativo al plazo de prescripción liberatoria en materia de consumo.

B.1) De acuerdo al art. 50, LDC, en su texto original, las acciones y las sanciones de dicha Ley, prescribían a los 3 años.

B.2) A su turno, la Ley 26.361, cit., modificó dicho artículo, especificando que, tanto las acciones como las sanciones administrativas, y las judiciales, prescribían también a los 3 años; sin embargo, la reforma agregaba que, en caso de contradicción entre los plazos prescriptivos previstos en otras leyes y el de la LDC, debía prevalecer "el más favorable al consumidor o usuario"; establecía, así, el principio "pro consummatore" en particular referencia a los términos de prescripción liberatoria en materia de consumo.

B.3) Finalmente, la Ley n° 26.994, ya citada, reformó el mencionado art. 50, LDC, regulando, ahora, exclusivamente, la prescripción de "las sanciones emergentes" de dicha Ley, en el mismo plazo de 3 años; en consecuencia, desaparece la referencia puntual al principio "pro consummatore", y toda referencia a las acciones judiciales y administrativas, a cuyo respecto, a falta de normas específicas, en principio, deberán consultarse las pautas prescriptivas generales, atendiendo, claro está, las particularidades del régimen consumatario (4).

5. Como se ve, en ambos supuestos, determinados beneficios, otrora reconocidos a consumidores y usuarios -defensa y protección extendida al consumidor "expuesto" en sentido amplio; aplicación particular del principio "pro consummatore" en materia de plazos de prescripción-, han sido eliminados del régimen consumerista infraconstitucional. La tesis que se sustenta en estas breves reflexiones, pone en tela de juicio tal circunstancia: se trata de una tesis acerca de la pervivencia de tales normas tutelares. Veamos.

6. La premisa fundamental de la argumentación que sigue, consiste en reconocer que los derechos de los consumidores y usuarios son "derechos humanos, fundamentales" (5), esto es, que incumben a todo ser humano en su calidad de tal, atendiendo, esencialmente, a su dignidad en cuanto persona (6). Me he referido con anterioridad, en particular, al que denomino "principio de autopreservación del Régimen de Derechos Humanos", "en cuya virtud, por autoreferencia (del Derecho internacional) o por referencia al Derecho interno -incluyendo las limitaciones y restricciones admitidas-, se establece una suerte de "reaseguro" de la normativa sobre Derechos Humanos, consistente en descalificar cualquier intento hermenéutico por desbaratar o aminorar su alcance, sea explícito o implícito, y por inclusión o por extensión" (7); en estos términos, es del caso preguntarse si, una vez incorporada al régimen legal interno una cierta normativa específica protectora de derechos humanos -al amparo de reglas y principios de orden constitucional e internacional vigentes (8)-, es suficiente su mera derogación -explícita o implícita- por medio de una ley formal posterior ((lex posteriori derogat priori?), para restarle vigencia en el ámbito de su incumbencia; la respuesta a este interrogante, implicará admitir, o no, la "pervivencia" de aquella normativa en el régimen protectorio respectivo, a pesar de su derogación formal. Veamos.

7. La temática propuesta remite, por cierto, a la "tensión" existente entre dos normas de nivel constitucional "complementarias entre sí", a saber: 1) la del art. 14, Cons. Nac., que dispone que los derechos por ella establecidos se gozan "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio"; 2) la del art. 28, Cons. Nac., que, como cortapisa del anterior, determina que, no sólo los derechos, sino también los principios y garantías en ella reconocidos, "no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio"; como se sabe, estas disposiciones no son contradictorias sino complementarias, pues, de darse el supuesto de una norma legal que contradiga un precepto constitucional -a tal punto de alterar el derecho, principio o garantía que

aquella reglamenta-, la misma resulta inaplicable a la luz de la normativa superior con la que ha entrado en pugna (9). Ahora bien, un modo -extremo, si se quiere- de "alterar" el contenido y/o la finalidad de una norma constitucional por vía legislativa, respecto de derechos fundamentales, consiste, precisamente, en expulsar - incluso implícitamente- del área legal de protección, a situaciones jurídicas antes incluidas en esa cobertura al amparo de dicha normativa de orden superior. Algunas herramientas jurídicas pueden resultar útiles en la argumentación en desarrollo.

8. En primer lugar, la denominada "teoría de los derechos adquiridos" - frecuentemente invocada a fin de rechazar la aplicación retroactiva de las leyes-, puede venir en apoyo de la tesis aquí sustentada, en la medida en que ciertos derechos fundamentales hayan sido oportunamente reglamentados por una ley anterior -y, por lo tanto, incorporados, "ministerio legis", a nuestro patrimonio y/o personalidad (10)- y, en particular, atento al carácter "irreversible" y "progresivo" de los derechos humanos, condición de la que participa la materia consumerista; el carácter "progresivo" de estos derechos se refiere a la efectivización de un incremento cuantitativo y cualitativo en los mismos ("plus ultra", "más y mejor"), en tanto que su "irreversibilidad" implica un "punto de no retorno" en cada logro obtenido en el reconocimiento de tales derechos (non plus "retro"). En este sentido, se ha dicho que "cualquier estancamiento o regresión en la satisfacción de los derechos consagrados en el tratado, constituyen un incumplimiento a la Convención (CADH). La obligación del desarrollo progresivo exige, como mínimo, que la vigencia y acceso a los derechos receptados por el artículo 26 no se reduzca con el transcurso del tiempo, siendo también necesaria la existencia de un incremento del disfrute de esos derechos" (11).

9. En segundo lugar, la "doctrina de los actos propios" -admisibles incluso respecto de la actividad judicial (12), y recibida en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación -CCC-, art. 1067 (13), con referencia a la interpretación de los contratos en general-, en la medida en que pueda aceptarse respecto de actos emanados del legislador, coadyuva a la presente argumentación, ya que no podría admitirse una ley que desplazara de su ámbito tuitivo a una situación jurídica sustentada en un régimen de derechos humanos -o una modalidad o aspecto de los mismos- previamente reconocida por la misma vía; ello así en consonancia con la índole irreversible y progresiva de tales derechos, conforme se indicó en el punto anterior. A mayor abundamiento -y salvando las distancias entre los supuestos comprometidos, claro está- cito el criterio que emana del art. 4º, 4., CADH (14), según el cual, en la materia, "una reforma legislativa no puede empeorar la situación de la persona respecto del "statu quo" anterior a la misma".

10. En tercer lugar, acude en auxilio de estos razonamientos -al menos por vía indirecta- el criterio según el cual compete al órgano judicial declarar la 'inconstitucionalidad por omisión' frente a la inactividad del legislativo respecto de ciertas "directrices" emanadas del bloque constitucional con referencia a derechos fundamentales reconocidos en éste; a este respecto se ha dicho que "cada vez que por acción u omisión éstos (los jueces) advierten que los órganos políticos...han dejado vacío un ámbito al que la Constitución proyecta directrices, tienen que elevarse al vértice jurídico del Derecho de la Constitución", siendo que ésta "se vulnera no solamente cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de hacer lo que ella manda que se haga"; en tal sentido "no hay zona alguna de reserva...para eximirse de hacer lo que la Constitución manda" (15). Según entiendo, cuando la omisión legislativa implica, necesariamente, la supresión de determinados beneficios jurídicos previamente concedidos por el propio legislador con relación a derechos constitucionalmente amparados, es mucho menor el esfuerzo argumental que debe hacer el juzgador para descalificar la norma legal derogatoria, ya que, a diferencia de la omisión inconstitucional "típica" -en la que la inactividad legislativa se refiere a derechos "aun no reglamentados"- en el caso que nos ocupa, la omisión, como se dijo, "suprime", lisa y llanamente, derechos - o ciertos aspectos o modalidades de ellos- antes reglamentados con beneficio del sujeto constitucionalmente protegido y, ahora, desamparado.

11. Ahora bien, de la breve reseña diseñada en los puntos 3 y 4, "supra",

resulta con claridad que, tanto la categoría de "consumidor de cualquier manera expuesto a una relación de consumo", cuanto la mención al "principio pro consummatore relativo al plazo de prescripción liberatoria", de los ex arts. 1º y 50, LDC, respectivamente, han quedado eliminados del régimen consumeril por obra de la reciente Ley nº 26.994, cit.; y ello así a través de sendas "omisiones" legislativas a su respecto. En este sentido, entiendo que la línea de argumentación trazada en lo que se viene exponiendo, aplica a los supuestos aludidos, tanto como el argumento resultante (16). En efecto, siendo que, en ninguno de ambos casos, las vías normativas disponibles en el régimen consumatario reformado alcanzan para mantener incólume el "statu quo" propio de dichos supuestos, el criterio aquí propuesto puede coadyuvar a tal fin. Veamos.

12. En primer término, queda claro que, "prima facie", a pesar de la dedicada regulación de los arts. 1096 a 1103 del CCC -y ni aun exorbitando la figura de la estructura contractual en que está inserta-, las "personas expuestas a las prácticas comerciales" del art. 1096, CCC, cit., no coinciden con -ni pueden suplirlo- el consumidor "de cualquier manera...expuesto a una relación de consumo" del ex art. 1º, LDC, hoy eliminado; particularmente, porque el citado art. 1096, CCC, remite expresamente a su par 1092, CCC, el que -así como el art. 1º, LDC en su versión actual- solamente recibe las categorías de consumidor en tanto parte de una relación de consumo, como la del consumidor equiparado; y ello sin perjuicio de que la propia Comisión redactora pretendiera justificar en sus "Fundamentos" la supresión del consumidor meramente expuesto; en consecuencia, su orfandad normativa actual queda al descubierto.

13. En segundo término, la eliminación del plazo de 3 años respecto de la prescripción liberatoria del ex art. 50, LDC, al mismo tiempo de haberse suprimido de la misma norma, asimismo, la mención específica del principio 'pro consummatore', obliga al operador de turno a acudir a las pautas hermenéuticas 'genéricas' en materia de "relaciones" de consumo, del art. 1094, CCC (17); este artículo dispone, en su primer párrafo, la aplicación del principio "pro consummatore" a "las normas que regulan las relaciones de consumo"; en el segundo párrafo, establece la vigencia del principio "in dubio pro consummatore" "en la interpretación de este Código o las leyes especiales" (sic). Ahora bien, la reforma legal, al haber eliminado aquel plazo específico, como se dijo, ha suprimido, precisamente, uno de los parámetros de comparación para determinar cuál sería la disposición que resultara más favorable a los intereses del consumidor en materia de prescripción liberatoria, siendo que, la falta de una pauta temporal precisa, como también queda dicho, fuerza al intérprete a dirigir su atención a las normas "generales" del CCC (18), las que, dada su condición, no establecen plazos específicos en materia consumeril.

14. Ahora bien, tanto en uno como en otro supuesto, se dan estas circunstancias: a) una normativa constitucional, pre-existente y subsistente, favorable al consumidor; b) una normativa legal, preexistente, también favorable al consumidor; c) la eliminación implícita, por vía legislativa, de la normativa legal referida en b), manteniéndose subsistente, como se dijo, la normativa constitucional referida en a). En tales términos, sostengo que, dado el carácter irreversible y progresivo de los derechos humanos -como se manifestó "supra"- los que incumben a consumidores y usuarios -que participan de tales condiciones- mantienen su vigencia plena, dada la pervivencia de aquella normativa pre-existente, tutelar de dichos derechos.

15. Sin perjuicio de lo expuesto, respecto del supuesto de la eliminación del plazo de 3 años y de la supresión del principio "pro consummatore", del ex art. 50, LDC, teniendo en cuenta, en conjunto, las disposiciones del mencionado art. 1094, CCC y, considerando la conectiva "o" del segundo párrafo del mismo como una 'disyunción incluyente' (19) -de modo tal que su lectura sería "en caso de duda sobre la interpretación de este Código 'y/o' las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor"-, podría interpretarse que, en todos los casos, debe computarse el plazo de prescripción más largo en favor del consumidor, dadas dos o más disposiciones legales contradictorias aplicables en la materia, pertenezcan ellas al CCC, a una ley especial o a ambos simultáneamente. En concreto, se ha sugerido que, aun ante normas

especiales que, taxativamente, disponen plazos prescriptivos, precisos pero más cortos (así, p. ej., respecto del contrato de transporte -2 años, art. 2562, d., CCC; o del contrato de seguro 1 año, art. Ley n° 17.418, art. 58), conforme al criterio expuesto debería aplicarse el término más favorable al consumidor, tratándose de contratos de consumo (20).

Notas al pie:

1) Como antecedentes, puede consultarse: CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "El régimen de defensa del consumidor a partir de la vigencia de la ley aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación"; www.saij.gob.ar; 28/04/2015; "Cuestionamientos al nuevo régimen tuitivo del consumo: aspectos relativos al consumidor y al proveedor"; www.saij.gob.ar; 20/10/2015: "Código Civil y Comercial: prescripción liberatoria en materia de consumo en sede judicial"; www.saij.gob.ar .

2) CONDOMÍ, A.M.; "Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -primeras aproximaciones-"; www.saij.gob.ar; 20/10/2011.

3) Al respecto, vid: CONDOMÍ, A.M.; " Cuestionamientos al nuevo régimen...", cit.

4). Al respecto, vid: CONDOMÍ, A.M.; " Código Civil y Comercial: prescripción liberatoria...", cit.

5). Véase: GUTIÉRREZ, WALTER (presidente de la comisión redactora del proyecto del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Lima, Perú); "Los Derechos del Consumidor son Derechos Humanos"; <http://www.ciudadanosyconsumidores.pe> . Asimismo: FERRAJOLI, LUIGI; "Sobre los Derechos Fundamentales"; en: Cuestiones constitucionales; Núm. 15, julio-diciembre 2006 .

6) CONDOMÍ, A.M.; "Código Civil y Comercial: Incidencia en materia de interpretación e integración de los contratos de consumo"; www.saij.gob.ar; 01/10/2015; allí he dicho que 'el nuevo régimen legal civil y comercial, hace expresas referencias a que "la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos" (art. 1097, CCC), "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta...las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos" (art. 2°, CCC), "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" (art. 1°, CCC); en estos términos, entonces, resulta ineludible atender a ciertos principios que emanan de la normativa internacional invocada en el CCC'.

7). CONDOMÍ, A.M.; "Código Civil y Comercial: Incidencia...", cit.

8). Téngase presente que, conforme al art. 75, inc. 22, Cons. Nac., "los tratados concluidos con las demás naciones...tienen jerarquía superior a las leyes"; pero, en particular, los tratados y convenciones sobre derechos humanos incorporados al texto fundamental, "tienen jerarquía constitucional"; esto es, integran el denominado "bloque constitucional".

9). Sin necesidad de adscribir a todos los postulados y teoremas de la denominada "teoría pura del derecho", cabe recordar, con KELSEN, que la discrepancia entre la Constitución y una ley inconstitucional se reduce, en último análisis, a una cuestión de "conflicto entre normas de diferentes grados", siendo que, en definitiva, una así llamada ley "inconstitucional" no es sino una norma inválida, esto es, inexistente, "una nada jurídica" (KELSEN, HANS; "Teoría General del Derecho y del Estado" -trad. Eduardo García Maynez-; Imprenta Universitaria; México, 1950); agrega dicho autor que "una ley sólo puede ser válida fundándose en la constitución" y, enfatiza, "si hay alguna razón para suponer que una ley es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la constitución", concluyendo en que "la pregunta por la...constitucionalidad de una ley es, formulada en términos generales, la pregunta sobre si un acto que se presenta con la pretensión de producir una norma, corresponde a la norma superior que determina esa producción o también su contenido" (KELSEN, H.; "Teoría pura del derecho" -trad. Roberto J. Vernengo-; UNAM, México, 1982); ello así aunque, por cierto, como consecuencia del principio de separación de los poderes del Estado, en países como el nuestro, los jueces pueden declarar inconstitucional una ley solamente para el caso sub-examen, a fin de no convertirse en "legisladores" con facultades derogatorias de normas generales.

10). MOUCHET, CARLOS y ZORRAQUÍN BECÉ, RICARDO; "Introducción al Derecho";

Editorial Perrot; 1978.

- 11). AMEAL, JORGE AMADO; "Art. 26. Desarrollo Progresivo", en "La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino", Enrique Alonso Regueira (Coord.) La Ley, 2013.
- 12). CONDOMÍ, A.M.; "Suspensión implícita del proceso principal y acto propio del tribunal"; La Ley, 2/10/1995.
- 13). Esta norma, en lo pertinente, dispone que es "inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto".
- 14). El mencionado art. 4°.4., CADH, reza: "no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido"; cámbiense las respectivas circunstancias y, sin dificultad, se obtendrá el principio esbozado en el texto, en el sentido que, logrado para el sujeto un beneficio en materia de derechos humanos, ninguna medida estatal posterior puede "retrogradar" la situación del beneficiario - en su perjuicio, claro está-.
- 15). BIDART CAMPOS, GERMÁN; "Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales", en BAZÁN, VÍCTOR, "La Inconstitucionalidad por Omisión". Bogotá, Temis; 1997.
- 16). He denominado "argumentación" al razonamiento que lleva a una conclusión determinada, siendo esta conclusión, en consecuencia, el "argumento" resultante CONDOMÍ, A.M.; "Apostillas procesales: pensamiento, razonamiento, argumentación y alegato". La Ley, Buenos Aires, t. 1997-E.
- 17). Creo que el art. 1095, CCC, si bien prevé el principio "pro consummatore" y el "favor debilis", no es aplicable al caso en tratamiento, ya que dicha norma se refiere a la "interpretación de los contratos de consumo" y, como es sabido, el régimen de la prescripción no depende de la voluntad de las partes, sino que es de orden público.
- 18). Al respecto, puede consultarse: CONDOMÍ, A.M.; "Código Civil y Comercial: prescripción liberatoria...", cit.
- 19). ECHAVE, DELIA TERESA, URQUIJO, MARIA EUGENIA y GUIBOURG, RICARDO A; "Lógica, proposición y norma"; Editorial Astrea, 1988.
- 20). BLOISE, SERGIO ALBERTO; "La prescripción de las acciones de consumo en el nuevo Código"; pensamientocivil.com.ar.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 11 DE ABRIL DE 2016
:
Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.14, Constitución Nacional Art.28, Constitución Nacional Art.42, Constitución Nacional Art.75, LEY 17.418 Art.58, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.1, Ley 24.240 Art.50, LEY 26.361, LEY 26.994, LEY 26.994 Art.1, LEY 26.994 Art.2, LEY 26.994 Art.1067, LEY 26.994 Art.1092, LEY 26.994 Art.1094, LEY 26.994 Art.1096, LEY 26.994 Art.1097, LEY 26.994 Art.2562

Compraventa y protección de los consumidores

LLAMAS POMBO, EUGENIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 20 DE NOVIEMBRE DE 2015

TEMA

COMPRAVENTA-PROTECCION DEL CONSUMIDOR

TEXTO

1.- Consumidor y contratante.

La proclamación de los derechos del consumidor (derecho a la protección a la salud, seguridad y legítimos intereses económicos, a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, a la educación, información, audiencia y protección jurídica) ha tenido una influencia decisiva sobre el Derecho Privado (2), no sólo en cuanto principio general (artículo 53.3 de la Constitución) que informa el ordenamiento jurídico según el artículo 1.4 del Código Civil, sino también como verdadero motor de cambios legislativos que obligan a realizar una relectura de toda la teoría general de las obligaciones y contratos.

En este contexto, las numerosas y trascendentes iniciativas legislativas que han ido apareciendo en el ordenamiento jurídico español, desde la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), hoy refundida con toda una marea de otras disposiciones que fueron apareciendo con posterioridad, en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLDCU), hasta la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), pasando por toda la legislación que ordena el comercio minorista o el crédito al consumo, no son ajenas a la vertiente normativa de las políticas comunitarias de protección de los consumidores, que en la Unión Europea han cobrado verdadera prioridad. En efecto, la mayor parte de las leyes relativas a la materia constituyen la respuesta legislativa (cacofónicamente denominada "transposición" en la jerga comunitaria) las diversas Directivas consagradas a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, a la protección de éstos en los contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles o, posteriormente, a distancia, y a otros aspectos sectoriales.

Todo ello constituye, sin duda, un entramado legislativo que no resulta de fácil intelección y asimilación. Y además, ha provocado un verdadero cataclismo jurídico, capaz de conmover, cuando no tambalear, algunos principios que parecían inamovibles en la tradición secular de nuestro Derecho de la contratación: basta pensar en lo (poco) que queda de aquel principio de autonomía de la voluntad que sirvió de base a la codificación del siglo XIX, y que respondía al modelo liberal de contrato entre iguales.

Desde el punto de vista de la ciencia económica (3), donde inicialmente se acuñó el término, "consumidor" es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares. Ya en términos jurídicos, se baraja una doble noción de consumidor: en sentido abstracto, como cualquier persona que aspira a tener una adecuada calidad de vida a través de la adquisición y uso de bienes y servicios; y en sentido concreto como "cliente" o como "consumidor final". En todo caso, se trata de un ciudadano no empresario que contrata bienes o servicios producidos en masa por organizaciones económicas (4). El artículo 3 del TRLDCU considera, "a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto", que "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", lo que, la verdad, es decir bastante poco, pero nos conduce a esa segunda noción de consumidor como destinatario final de bienes y servicios, que consecuentemente no los adquiere o utiliza para su ulterior comercialización, tampoco previa su transformación o integración en otros bienes o servicios (5).

En consecuencia, cualquiera que sea la noción de partida, el consumidor se

encuentra siempre inmerso en el mundo de la contratación, pues el acceso a los bienes y servicios dentro del mercado, y la satisfacción misma de cualquiera de las necesidades e intereses individuales que hoy configuran la adecuada calidad de vida, se realiza siempre por medio de un contrato, de una relación jurídica de carácter contractual.

2.- El modelo clásico de contratación.

Sucedo que, además, la teoría general de las obligaciones y contratos ciertamente procede de las últimas construcciones del Derecho Romano en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, y fue madurada en la Edad Media a través del llamado Derecho Común. Pero en realidad cristaliza definitivamente entre los siglos XVIII y XIX, con la Pandectística y la codificación civil, por lo que fue configurada sobre la base de un concreto modelo liberal-burgués de sociedad y de unas relaciones económicas que vinculaban a pequeños agricultores, comerciantes y artesanos. Relaciones de carácter interindividual, esencialmente basadas en el trato personal y directo, que se contraen entre sujetos (de hecho y de derecho) iguales y libres. Y que por ello son capaces de alcanzar la justicia contractual sobre la base de la libre negociación y el espontáneo equilibrio entre la oferta y la demanda.

Tal contexto determina que: a) no es precisa la intervención de terceros (y menos aún del Estado) que faciliten o impongan tal equilibrio, que surge por sí mismo a consecuencia de la libertad contractual y la autodefensa de los propios interesados, quienes, insisto, actúan en condiciones de igualdad; b) el respeto de la voluntad contractual es absoluto, incondicionado e inexcusable, incluso por encima de cualesquiera circunstancias o exigencias de la justicia material. Así, sólo muy excepcionalmente se admite una atenuación de dicho principio de inalterabilidad del contrato: moderación judicial de la cláusula penal (art. 1154 CC); flexibilización de la responsabilidad del mandatario gratuito (art. 1726 CC); moderación judicial de la responsabilidad contractual por incumplimiento no doloso (art. 1103 CC); reducción judicial de la obligación de pago de lo perdido en juego o apuesta (art. 1801 CC).

Estas ideas fraguan en algunos de los principios medulares de la teoría general del contrato que consagra nuestro Código Civil:.

- Art. 1255: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público", en clara formulación del llamado "principio de autonomía de la voluntad".
- Art. 1256: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".
- Art. 1258: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento...".
- Art. 1278: "Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez".

3.- El nuevo contexto socioeconómico.

Dicho marco socio-jurídico sufre el primer cataclismo con la situación de penuria y escasez que se generalizó en Europa tras la crisis económica de 1929 y se agudizó con la II Guerra Mundial y la postguerra. En seguida se constata que la contratación ya casi nunca se produce "entre iguales", lo que generó la aparición de una corriente intervencionista por parte de las autoridades dentro de la mecánica contractual, con figuras que entonces se denominaron "contratos dictados", "contratos impuestos", "contratos forzosos", e incluso (en los países del llamado socialismo real) "contratos planificados", que llegaron a cuestionar incluso el propio concepto de contrato (7). Pero también llevó a una intervención menos intensa, a menudo procedente del poder judicial, proclive a la aplicación de algunos principios que sin dar al traste con la vieja figura del contrato, sí mitigaban en gran medida su rigidez conceptual. Así sucedió con la cláusula rebus sic stantibus, con la llamada nulidad parcial del contrato cuando alguna de sus cláusulas no se ajusta a las prescripciones legales, y especialmente, con nuevas vías de integración del contenido contractual.

En este último aspecto, que presenta un gran interés para el presente comentario, ciertamente el artículo 1258 CC (casi calcado del art. 1135 del Code Napoléon) ya prescribía que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo estrictamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Pero lo que en un primer momento no era otra cosa que una suerte de interpretación legal de la voluntad de los contratantes, o una presunción de que éstos "querían" obligarse "no sólo a lo estrictamente pactado", pronto se convierte en una verdadera vía de integración del contenido del contrato, impuesta por la autoridad estatal y no necesariamente deseada voluntariamente por las partes, y dirigida fundamentalmente a lo que en aquellos años se llamaba "protección de los económicamente débiles".

Tales nuevos vientos encuentran un reflejo claro en los códigos civiles más modernos, como el CC italiano de 1942, el CC portugués de 1966, el CC holandés de 1991, o en las reformas del CC francés en la década de los sesenta y setenta del pasado siglo.

Pero es en la década que media entre 1975 y 1985 cuando se produce un nuevo y trascendente giro en la configuración del contrato, debido a varios fenómenos socioeconómicos que, por lo demás, se encuentran estrechamente unidos entre sí:.

- Por una parte, el insólito auge de la libertad económica y el inicio de la que pronto se llamaría "globalización", que ha generado un florecimiento espectacular de la figura del contrato, como instrumento básico de intercambio económico, con una proliferación enorme de contratos atípicos tanto en el ámbito civil como en el mercantil.

- En segundo lugar, y a consecuencia de lo anterior, pero también de los avances tecnológicos y de las nuevas circunstancias del tráfico jurídico, aparece la contratación masiva, derivada de los procesos de producción en masa de bienes y servicios, que hacen posible la aparición de la llamada "sociedad de consumo" (8), con todos los efectos que ello produce: unilateralización del mercado, sometido a la ley de la oferta; empleo de publicidad y agresivas técnicas de marketing; diversificación artificial de productos; reducción de la vida útil de éstos; generalización de mecanismos de financiación; utilización de condiciones generales de los contratos, único instrumento que hace posible la contratación masiva; aceleración de las relaciones contractuales y todo lo que las rodea; despersonalización de las relaciones jurídicas; etc.

- Como reacción a lo antedicho, se produce la irrupción del "principio de protección de los consumidores", caracterizados por ocupar una situación de debilidad o inferioridad en las relaciones contractuales donde intervienen, muy a menudo por su condición de profanos (meros amateurs o aficionados, dentro del mercado), frente a la de expertos ostentada por los empresarios (verdaderos profesionales del mercado).

- Por ese motivo, la justicia contractual conmutativa ya no se alcanza de manera espontánea como efecto del libre juego de la oferta y la demanda, sino que requiere de la intervención de los poderes públicos, y de mecanismos regulatorios.

4.- Los nuevos paradigmas del Derecho de los contratos.

La aplicación de tales principios ha introducido modificaciones trascendentales en el viejo modelo contractual, entre las que de manera telegráfica podemos destacar las siguientes (9):

1º) Hay que reconocer abiertamente que va quedando muy poco del viejo principio de autonomía de la voluntad, al menos concebido en los términos que imperaban en la época codificadora. O hay que dotarle de un sentido absolutamente nuevo o, sencillamente, que certificar su defunción. De manera coherente con su negación del derecho subjetivo, ya DUGUIT en sus Transformaciones del Derecho privado, propugnaba hace cien años una nueva noción de libertad, que deriva de la constatación realista de que "las leyes modernas están en contradicción formal" con los postulados del derecho individual a la libertad, que impedirían al Estado toda imposición de obligaciones al individuo. Y esas leyes restringen constantemente la actividad de éste, le imponen toda clase de obligaciones, entre las que menciona repetidamente las de trabajar, de recibir enseñanza y de previsión,

etc. La libertad, nos dice, no es un derecho, sino la obligación de cada individuo de desempeñar su papel en la sociedad, de cumplir una determinada tarea, de desenvolver su individualidad. Nótese que desde una perspectiva realista, una vez más acertaba DUGUIT, al describir un fenómeno que cien años después se nos presenta de manera palmaria y evidente. Sin embargo, no puede decirse lo mismo acerca de la explicación de dicho fenómeno ofrecida por el visionario autor. El ocaso del principio de autonomía de la voluntad no deriva de la negación de la existencia del derecho subjetivo, sino justamente lo contrario, diríamos, pues obedece a las exigencias y dictados que impone la defensa de los intereses del individuo, de la persona frente a las agresiones del mercado y de la producción en masa. Es fruto de la necesidad imperiosa de reequilibrar las relaciones jurídicas que, de otro modo, vienen presididas por la idea de desigualdad. Si admitimos la tópica afirmación de que "consumidores somos todos" (10), hemos de aceptar que la defensa de los denominados "derechos del consumidor" no es algo diferente de la protección de los derechos de la persona, que sigue siendo el eje central del Derecho civil, y como premisa sine qua non, de la afirmación del derecho subjetivo, que además en este caso se eleva hoy a la categoría de derecho fundamental.

2º) La aparición de una ingente cantidad de normas, comunitarias, estatales y autonómicas, que inciden de manera diversa pero directa en el contenido, forma, perfección, obligatoriedad, interpretación y cumplimiento de los contratos en los que intervienen consumidores. Disposiciones normativas que unas veces regulan determinados tipos contractuales, otras determinadas técnicas de contratación, y otras la responsabilidad por daños causados a los consumidores. Como efecto "colateral" o secundario de este fenómeno, se genera una dispersión normativa atroz, que a menudo se traduce en verdadera inseguridad jurídica respecto de la norma aplicable a tal o cual contrato, dentro de la maraña o cascada de preceptos, directivas, leyes, decretos, etc., vigentes sobre la materia.

3º) El renacimiento del formalismo contractual (11), de manera que se rompe en gran medida el principio de libertad de forma del art. 1278 CC, siempre que se exigen legalmente determinados requisitos formales para la validez y eficacia jurídica de las declaraciones de voluntad contractual, en aras de la protección del comprador o adquirente de bienes y servicios: forma escrita, a veces incluso en formularios preestablecidos, con ciertas menciones obligatorias en su contenido (tanto respecto de los elementos esenciales del contrato como de la protección dispensada al consumidor), ejemplares por duplicado o triplicado. Ello redundará no sólo en una mayor garantía de los derechos del consumidor, incluso en el orden probatorio, sino que la solemnidad formal también produce un efecto psicológico que incentiva la debida reflexión de éste antes de obligarse contractualmente.

4º) La (ya no tan) excepcional mitigación (en ocasiones, abolición) del carácter vinculante del contrato y del principio pacta sunt servanda, derivado del acuerdo de voluntades, cuando se concede al consumidor una facultad de arrepentimiento o desistimiento unilateral, que debe ejercitar dentro de un plazo perentorio. Se trata, con ello, de contrarrestar la agresividad de las técnicas comerciales de venta, que a menudo presionan al consumidor para que celebre un contrato y, a tal fin, emita una declaración de voluntad que, sin estar propiamente viciada, no puede admitirse como adecuadamente formada. Hay que reconocer, pese a lo justificado de la medida, que ello supone la ruptura de aquel carácter sagrado del contrato.

5º) El redescubrimiento de la buena fe, que pasa a ocupar un papel protagonista dentro de la teoría general del contrato.

6º) La absoluta interdicción de las cláusulas abusivas. Hay un "redescubrimiento" de las exigencias de la llamada justicia contractual sustantiva, y del equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (12), de manera que se considera directamente abusiva aquella cláusula que "cause, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato" (art. 82 TRILDCU).

7º) La ausencia de tratos preliminares o negociación precontractual, que

genera una especial relevancia de los deberes de información precontractual, así como la introducción de requisitos para la incorporación, integración e interpretación de condiciones generales, como contenido del contrato predispuesto por una de las partes.

8º) La incorporación al contrato e integración en el mismo, como derechos del consumidor, de las prestaciones contenidas en la publicidad y en las actividades de promoción, que por otra parte están sometidas a las reglas de veracidad y completa información.

9º) La aparición de numerosos y nuevos deberes postcontractuales, entre los que destaca la garantía obligatoria de que determinados productos satisfarán determinadas exigencias de calidad, utilidad u otros requerimientos, con responsabilidad del empresario que los suministra, que se traduce en la reparación o sustitución gratuita.

10º) Adicionalmente, y a consecuencia de los vertiginosos cambios tecnológicos de las dos últimas décadas, aparecen nuevas formas de contratación (especialmente, la llamada contratación electrónica), nuevos medios de pago, y nuevos bienes y servicios, a menudo intangibles.

5.- La "teoría general" de los contratos de consumo.

Por deficiente que nos pueda parecer su plasmación legislativa actual (nos falta hoy el genio jurídico y la consolidada madurez que precedió a la Codificación), lo cierto es que se viene construyendo una suerte de "teoría general de los contratos de consumo", aplicables a todas las relaciones contractuales en las que intervienen los consumidores y usuarios. Así, el Libro II del TRLDCU, bajo la rúbrica "Contratos y garantías" recoge, con una sistemática bastante deficiente, toda una suerte de reglas que vienen a "enmendar" a la vieja teoría general del contrato en los aspectos más diversos, y entre las que, tras unas "disposiciones generales" (donde se reflejan algunas de las ideas anteriormente señaladas, como los deberes precontractuales de información, la integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato, el valor del silencio en la contratación de consumo o la "confirmación" documental de la contratación realizada) se contempla y disciplina el denominado "derecho de desistimiento", las cláusulas predispuestas, las abusivas, los contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles.

Sin embargo, dentro de ese mismo Libro II, se desciende luego (a partir el Título V, artículos 114 y siguientes, significativamente rubricado "Garantías y servicios postventa") a la regulación de aspectos que ya no pueden considerarse propiamente "teoría general de los contratos de consumo", en la medida en que vienen referidos las consecuencias específicas de las ventas de consumo, como la denominada "garantía de los productos de consumo" (remedio postmoderno del viejo saneamiento por vicios ocultos) y la "responsabilidad del vendedor" derivada de tal garantía.

6.- Importancia y regulación de la compraventa de bienes de consumo.

El consumidor y usuario es, ante todo, un contratante, pues el acceso a los bienes y servicios de consumo se consigue siempre mediante el otorgamiento de algún contrato. Sin embargo, mientras el denominado usuario accede a los servicios de consumo mediante la celebración de numerosas figuras contractuales diversas, lo cierto es que el consumidor es (no sólo, pero) en la mayor parte de los casos, sencillamente, un comprador. El contrato de compraventa constituye, casi siempre, el camino de acceso para la adquisición de bienes de consumo. En consecuencia, el estudio y regulación de las ventas de consumo acaba involucrando la práctica totalidad de las relaciones de consumo.

Por esta razón, la mayor parte de los preceptos del TRLDCU a los que acabo de referirme tienen aplicación inmediata y directa, antes que nada, a las compraventas de consumo, si bien no existe una regulación sistemática y acabada de la compraventa de bienes de consumo cuya disciplina legislativa se encuentra dispersa a lo largo del ordenamiento jurídico. En ocasiones, son de

aplicación, sin duda, muchos de los preceptos del CC. Otras veces, muchas, podremos acudir a los principios y reglas que contempla el mencionado Libro II del TRLDCU. Pero ahí no acaba todo, pues en otros casos serán aplicables normas incluidas en leyes "especiales", como sucede con la venta de bienes muebles a plazos o el denominado comercio electrónico, en la medida en que el Texto Refundido remite a dicha legislación especial con frecuencia.

De todo ello se deduce que, en puridad, no existe una construcción completa de la compraventa de consumo. Y en consecuencia, el presente trabajo no debe tomarse como un estudio general, acabado y sistemático de la compraventa de bienes de consumo, absolutamente independiente y autónomo de la regulación general de la compraventa en el CC, sino una explicación detenida de todos aquellos aspectos en los que, por razones legislativas o jurisprudenciales, la compraventa viene sometida a normas distintas de las establecidas en el Código. No son pocos, ciertamente, pues afectan a los ámbitos más diversos del contrato, desde su celebración y los deberes precontractuales que la rodean, hasta los deberes "postventa". Pero, con todo, no ofrecen una regulación cerrada y completa de la institución, pues para otras numerosas cuestiones, sigue siendo preciso acudir al CC, donde sí se acometen los contornos del contrato con vocación de globalidad.

7.- La venta mediante condiciones generales de la contratación.

Las limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes a las que nos venimos refiriendo, encuentran su máxima expresión en el supuesto en el que las cláusulas del contrato de compraventa no resultan individualmente negociadas por aquéllas, sino que vienen predisuestas o, para decirlo más claramente, impuestas por el vendedor, quien además tiene la condición de profesional o empresario, frente al comprador-consumidor. El vendedor es un experto, un sujeto habitual y cotidiano en el particular sector del mercado en el que se desarrolla la venta; mientras que el comprador es un mero amateur o sujeto accidental en dicho mercado, que no acude a éste para obtener un provecho, sino para satisfacer las exigencias de la vida cotidiana; es un contratante profano, carente de conocimientos específicos y además no organizado. Ello que coloca al primero en una situación de prevalencia o superioridad frente al segundo, que se presenta con un evidente "contratante débil" (13).

Por ello, a partir de la DIR 93/13 CEE sobre cláusulas abusivas, la legislación española, como el resto de las europeas, implementó todo un sistema de protección del consumidor frente a los perjuicios e injusticias que para el mismo pueden derivar de la aplicación tanto de condiciones generales de la contratación, como de cláusulas abusivas. Su impacto en el contrato de compraventa de bienes de consumo es de un calado extraordinario, y por tanto resulta imprescindible su conocimiento (14).

8.- Concepto de venta de consumo.

Como hemos explicado anteriormente, el Título I del Libro Segundo del TRLDCU (artículos 59 a 79) disciplina, en general, los contratos celebrados con los consumidores y usuarios, para establecer una serie de disposiciones generales (capítulo I) y regular el denominado derecho de desistimiento (capítulo II). Por más que se trate de normas aplicables a toda clase de contratos de consumo, lo cierto es que tienen, como ya sabemos, una especial incidencia en las denominadas ventas de consumo, especie de compraventa que aquí nos interesa. Por ello debemos prestarles la debida atención, y considerar oportunamente su incidencia en referidos contratos de compraventa. Seguidamente, encontramos en el Texto Refundido una regulación que necesariamente es aplicable sólo a los contratos de compraventa celebrados con consumidores, es decir, la relativa a la garantía, que no es sino una nueva forma de saneamiento propia de la venta de bienes de consumo.

Debemos entender por compraventa de consumo, y por tanto, sometida a las disposiciones "especiales" del TRLDCU, como aquella en la que interviene como vendedor un empresario, y como comprador un consumidor. La compraventa de consumo se trata, necesariamente de un contrato celebrado o perfeccionado (no "realizado" como lamentablemente dice el artículo 59.1 del TRLDCU) entre un

empresario y un consumidor, cuya recíproca desigualdad justifica la aplicación de todas las medidas legislativas propias del Derecho de consumidores.

La venta de consumo se caracteriza, por tanto, por el aspecto subjetivo de las personas que intervienen en la relación contractual y no por la naturaleza de los bienes sobre los que recae, que pueden ser de toda índole, y por supuesto tanto muebles como inmuebles (15). Cuestión diferente es que cuando la venta de consumo tiene por objeto determinados bienes (como por ejemplo, y de manera muy excepcional, la vivienda), su disciplina venga reforzada por otras normas adicionales.

Por ello, sólo podrá hablarse de venta de consumo allá donde exista un consumidor que adquiere por compraventa bienes que le transmite un empresario. A los efectos de la venta de consumo que aquí nos interesa, y para delimitar el concepto de consumidor, parece aconsejable huir de la definición legal que ofrece el artículo 3 del TRLDCU (16), que lo hace negativamente, para considerar que por consumidor debe entenderse la persona física o jurídica "que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". De tan vaga definición lo único que se desprende es que se caracteriza al consumidor por exclusión: sería consumidor aquel sujeto que no contrata en el marco de una actividad empresarial o profesional (17). Es verdad que dicha definición negativa es la que se desprende del Derecho comunitario (18), por lo que no toda la responsabilidad de tan defectuoso planteamiento ha de imputarse al legislador español. Pero lo cierto es que resultaba mucho más ilustrativa la definición que ofrecía el artículo 1 de la primitiva LGDCU, que identificaba al consumidor como el destinatario final de bienes y servicios que, en consecuencia, no los adquiere para una ulterior comercialización o para su integración, una vez transformados, en otros bienes y servicios. A tal caracterización hay que añadir que no se venía considerando destinatario final a aquel que, a pesar de no proceder a la reventa o comercialización ulterior, sí utilizaba el bien para un destino de carácter empresarial o profesional: el abogado que compra un ordenador personal no lo destina a la reventa ni lo comercializa, pero lo emplea en su actividad profesional, lo que, según tal definición, le excluye del concepto de consumidor (19).

Pese a todo, la doctrina (20) parece identificar ambas definiciones, de manera que sería lo mismo actuar al margen de la profesión que ser destinatario final, al considerar que ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional equivale a la finalidad de satisfacer necesidades personales, familiares o domésticas. Por lo demás, tal interpretación es la única que se compadece con la naturaleza del Texto Refundido, pues si bien la norma que habilitó al Gobierno para la labor de refundición (Ley 44/2006) incluía entre las normas objeto de la misma a las directivas comunitarias, cualquier otra lectura del precepto implicaría una evidente extralimitación susceptible de nulidad.

Explica BOTANA (21) que el legislador español con esta definición ha optado por una noción concreta basada en un criterio subjetivo. Aparentemente resulta un concepto de consumidor que es en buena medida mecanicista: no atiende a los fines del negocio de adquisición, sino al dato puramente externo de si el bien o servicio es o no reintroducido en el mercado por el adquirente. El legislador español identifica al destinatario final con el que adquiere los bienes o los servicios para un uso personal, familiar o doméstico, como el resto de sus homólogos que han optado por este tipo de noción. Por excepción no sólo al que adquiera bienes o contrate servicios para uso personal, familiar y también colectivo, sino a todos aquellos a los que "concernen los diferentes aspectos de la vida social que puedan afectarle directa o indirectamente como tal consumidor". Nos dice la especialista mencionada que, pese a que el texto legal no hace mención al mercado (22), la referencia legal al destinatario final se debe relacionar con el mercado; es decir, que el consumidor será destinatario final de los bienes o servicios cuando haga uso de los bienes o servicios personales o familiares, aunque vuelva a desprenderse de ellos, como ocurre con los regalos que se realizan a personas ajenas a nuestro círculo familiar (regalos a amigos, etc.). De la exigencia de la actuación del consumidor dentro del mercado se desprende también que no hay consumo frente a la Administración cuando ésta actúa sometida al Derecho administrativo. Tampoco deben considerarse como

actuaciones de consumidores las que se realizan en condiciones especiales y distintas de las del mercado en atención, por ejemplo, a la relación laboral existente entre el cliente y la empresa (23).

El Derecho de consumo tiene por objeto proteger, por tanto, al destinatario final de los bienes y servicios, que por esa circunstancia es un operador accidental en el mercado: acude una sola vez para satisfacer una determinada necesidad, y lo hace desde su posición de profano o amateur en el mercado, frente a quien lo hace profesionalmente de manera cotidiana a fin de satisfacer su ánimo de lucro, como un eslabón de la cadena de producción, transformación y comercialización de bienes y servicios que constituye aquello que denominamos mercado. El empresario también "consume" (en el sentido amplio de la expresión) bienes de todo tipo, y especialmente bienes muebles de equipo o materias primas, pero lo hace con la finalidad de transformarlos, explotarlos o revenderlos en el marco de su actividad profesional o empresarial.

Esa diferente posición en el mercado, que relaciona o conecta a un experto que todo lo sabe acerca de dicho mercado pues acude a él todos los días, con un profano que todo lo ignora dado ese carácter accidental u ocasional de su paso por el mercado, determina una desigualdad radical, que justifica una intervención del Estado, a través de la legislación y del poder judicial, encaminada a reequilibrar la situación, corrigiendo los abusos que dicha desigualdad tiende a generar. La desigualdad no deriva tanto de las capacidades financieras de los sujetos, como en ocasiones se dice, pues puede haber, sin duda, consumidores millonarios que contratan con empresarios en ruina, como de la cantidad y calidad de la información que unos y otros manejan.

En ocasiones se ha cuestionado esta justificación de la función tuitiva del Derecho del consumo, afirmando que lo cierto es que cuando un profesional o un empresario, especialmente cualificado, contrata con una gran empresa suscribiendo, mediante condiciones generales o negociadas individualmente, pactos leoninos o claramente abusivos, no suele ser por descuido o falta de diligencia, sino por absoluta necesidad, pues en otro caso, se quedará sin el producto o servicio demandado y que en segundo lugar, carece de sentido equiparar con idéntica protección a una gran empresa, con unos recursos extraordinarios y a un pequeño comerciante (24). Sin embargo, tal argumentación no desmonta la necesidad de reequilibrar una más que evidente desigualdad (la que se produce entre empresario y consumidor), sino que viene a poner de manifiesto una ya vieja reivindicación de corregir otra desigualdad, que es la que se produce entre grandes y pequeños empresarios, lo que constituye una más que justificada reclamación, sobre todo en el ámbito de las condiciones generales y las cláusulas abusivas, según ya hemos explicado en el capítulo precedente.

Recuerda agudamente BOTANA (25) que el mencionado desequilibrio puede producirse también cuando el profesional no contrata en el sector de su actividad habitual. Esto tampoco significa que siempre que actúe fuera de su especialidad lo haga necesariamente fuera de su profesión. La apreciación de la especialidad profesional puede ser objeto de una interpretación más o menos rigurosa, según el grado de complejidad de la actividad ejercida. De modo que cuando las adquisiciones realizadas por los profesionales no se relacionan con el tráfico peculiar, éstos podrían ser objeto de una interpretación más o menos rigurosa, según el grado de complejidad de la actividad ejercida. En consecuencia, cuando las adquisiciones realizadas por los profesionales no se relacionan con el tráfico peculiar de su profesión, éstos podrían ser considerados como consumidores o usuarios.

Tal solución no adolece de lógica si tenemos en cuenta que la protección de los consumidores responde a la necesidad de equilibrar situaciones jurídicas donde una de las partes está en situación de inferioridad con respecto a la otra parte. Sin embargo, resultaría excesivamente problemático establecer una distinción como la apuntada ya que podría dar lugar a una gran inseguridad jurídica al tener que analizar en cada caso si concurren todas las características que el legislador consideró relevantes para otorgar su protección. Además si procedemos a una asimilación sistemática en este

sector de la contratación de pequeños o medianos empresarios a la situación de consumidores corremos el riesgo de difuminar excesivamente la noción misma de consumidor.

Da buena cuenta también la mencionada autora de la doctrina del TJCE en relación con la noción de consumidor, que mantiene una interpretación restrictiva. En el asunto Di Pinto resuelto con fecha de 14 de marzo de 1991, el Tribunal de apelación de París planteó la cuestión de si un comerciante que celebra un contrato de publicidad para la venta de los activos de su empresa debe ser considerado como un consumidor protegido por la Directiva sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Se plantean, por tanto, los límites de la actividad profesional. El TJCE ha sostenido en el citado asunto que los actos preparatorios de venta de una empresa no pueden considerarse desligados de la actividad profesional del comerciante. El Tribunal ha declarado que "un comerciante sagaz, conoce el valor de su negocio y el de cada uno de los actos que necesita su venta, de manera que, si se obliga, no debería ser de forma irreflexiva y bajo el único efecto de la sorpresa", señalando que "el comerciante objeto de la conclusión de un contrato de publicidad relativa a la venta de activos de su empresa, no debe ser considerado como un consumidor protegido por la Directiva". La postura del Tribunal es clara: no incluye dentro de la definición que de consumidor da, ni a comerciantes ni a profesionales; pero ello no es obstáculo para que los Estados miembros puedan extender su protección a comerciantes y profesionales. En la sentencia de 3 de julio de 1997, asunto Benincasa se planteó si los arts. 13.1 y 14.1 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1978, debían interpretarse en el sentido de que el demandante que ha celebrado un contrato para el ejercicio de una actividad profesional no actual, sino futura, puede considerarse consumidor. A lo que el TJCE ha contestado que, para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse de forma restrictiva, hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la simulación subjetiva de dicha persona. Por consiguiente, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional. Más tarde, el TJCE se ha pronunciado nuevamente sobre esta cuestión en la sentencia de 17 de marzo de 1998 con ocasión del asunto Dietzinger sobre si un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúa en el marco de una actividad profesional está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. El Tribunal ha resuelto diciendo que "no obstante, del tenor literal del art. 1 de la Directiva, así como del carácter accesorio de la fianza, se deriva que únicamente puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva una fianza accesoria a un contrato por el cual, con ocasión de una venta a domicilio, un consumidor se haya comprometido frente a un comerciante para obtener de éste bienes o servicios. Además, dado que el único objetivo de la Directiva es proteger a los consumidores, ésta sólo puede aplicarse a un fiador si éste, con arreglo al primer guión del art. 2, se ha comprometido con una finalidad que pueda considerarse ajena a su actividad profesional". En consecuencia, concluye el TJCE señalando que "un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúe en el marco de una actividad profesional está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva cuando garantiza el reembolso de una deuda contraída por otra persona que actúe en el marco de su actividad profesional". Es decir, el Sr. Dietzinger ha quedado excluido de la protección otorgada por la mentada Directiva no por carecer él de la cualidad de consumidor sino por faltarle precisamente dicha cualidad a la persona a quien garantizaba a través del contrato de fianza, pues se trataba de un crédito de empresa.

Ha generado una extensa polémica en doctrina y jurisprudencia, que, por lo

demás, resulta lógica, dada la dificultosa definición de "acto de consumo", el supuesto en el que el profesional actúa en el mercado realizando actos que quedan fuera de su esfera profesional o empresarial. Y especialmente, los denominados "actos mixtos", es decir, aquellos contratos llevados a cabo para satisfacer tanto necesidades personales del individuo como intereses relacionados con la actividad profesional eventualmente ejercitada (26). Es el caso del abogado que compra un ordenador portátil, en el que durante la semana redacta sus demandas, el fin de semana escucha música, atiende sus dos direcciones de correo electrónico, una para asuntos profesionales y otra para relaciones personales con sus amigos y parientes, etc.

En tales supuestos, y de manera general, la doctrina entiende que no es necesario que el consumidor tenga la cualidad de destinatario final del bien, sino que basta con que actúe con fines que no entran en el marco de su actividad profesional, y en consecuencia, puede considerarse consumidor al profesional, cuando actúa con fines ajenos a su especialidad o competencia (27). En efecto, cabe afirmar que, en este tipo de actos, los profesionales actúan igualmente como profanos o inexpertos del mercado, y corren el mismo riesgo de encontrarse en una situación de inferioridad que cualquier otro consumidor. Y, por ello, cabe reconocer la cualidad de consumidor a los profesionales que actúan fuera de su ámbito de especialidad.

Sin embargo, esa posición doctrinal no ha encontrado eco precisamente en la jurisprudencia. Así, el TJUE (28) precisa que la noción de consumidor debe atribuirse a aquellos sujetos que llevan a cabo actos que están dirigidos exclusivamente a la realización de objetivos ajenos a la eventual actividad profesional. Observa la mejor doctrina (29) que de tal posición, deriva una delimitación de la figura del consumidor extremadamente rigurosa que, salvo en los casos en los que el uso profesional resulte demasiado secundario, lleva a negar la cualidad de consumidor a toda persona física que no busque satisfacer necesidades exclusivamente personales. Y ello hasta el extremo de negar tal condición de consumidor a una persona física que había adquirido bienes destinados al inicio de una actividad empresarial, que todavía no había tenido lugar en el momento de la adquisición (30). En términos parecidos, la STS 18 junio 1999 niega la condición de consumidor a una sociedad agraria de transformación que adquirió unos herbicidas para integrarlos en el proceso productivo agrícola, a fin de vender con posterioridad los productos obtenidos: tal integración excluye la cualidad de destinatario final. Similares conclusiones alcanza la STS 16 octubre 2000, en relación con la compra de una impresora "para una actividad de publicación, y no para un mero uso doméstico o personal", de manera que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de consumo "quienes adquieren los bienes sin constituirse en destinatarios finales, para integrarlos en actividades empresariales o profesionales" (31).

La doctrina es, sin embargo, muy crítica con esta posición jurisprudencial. Se ha intentado resolver el problema del uso mixto a través del denominado "principio de prevalencia", con arreglo al cual debe atribuirse el carácter profesional o de consumo en función de cuál de los dos usos prevalezca. Lo que sucede es que, en la práctica, tal criterio resulta difícilmente demostrable. Por ello, otros autores se inclinan por resolver estas dudas interpretativas sobre el uso mixto con arreglo al llamado "principio de competencia". Según él, se deben considerar impulsadas por un objetivo consumidor aquellas adquisiciones que, aun realizadas por un profesional, no entran en el ámbito específico de las actividades que éste, en función de su profesión, está habituado a llevar a cabo, criterio que, como decíamos, es el más extendido en la doctrina española y que compartimos, por ser el que mejor se compadece con la verdadera ratio de la noción de consumidor: su carácter amateur u ocasional en (ese ámbito concreto de) el mercado.

Estas consideraciones no son tampoco ajenas a la noción de causa del contrato. A la hora de calificar un acto como de consumo, puede resultar de enorme utilidad atender a la causa de ese contrato, como "criterio y elemento connotativo del conjunto de intereses perseguidos por las partes, es la que califica al contratante como consumidor o no", de modo que se debe establecer un paralelismo entre la función consumidora del negocio y la calidad de consumidor reconocible a su autor (32).

En todo caso, cualquiera que sea el camino teórico de los anteriormente apuntados que sigamos, hay que admitir, con la mejor doctrina (33), que hoy ya no es sostenible la tesis de la imposibilidad de incluir entre los contratos de consumo aquellos celebrados por un profesional con objetivo mixto o, en cualquier modo, "relacionado" con la actividad de la empresa. El propio tenor del artículo 3 del TRLDCU permite efectuar esta lectura, cuando abandona la noción de "destinatario final" y sencillamente exige que la adquisición o compra se verifique "en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", pues cabe entender que el acto mixto cumple tal requerimiento. Esa interpretación flexible de la norma es la que propugnó en Alemania el Oberlandesgericht Celle (DE) 04. Apr. 2007 7 U 193/06, sentencia en la que se ventila el caso de un abogado que compró un Mercedes Benz de segunda mano que presentó fallos desde el principio: en principio, por ser un profesional, se excluiría automáticamente la aplicación de las normas de consumidores, pero el criterio a seguir, según esta decisión que consideró la venta como venta de consumo, es la manera como se presenta el comprador frente al vendedor (34). En este caso concreto, el abogado adquirió un coche como consumidor y la venta se consideró venta sometida al derecho de los consumidores y usuarios, porque el abogado no hizo aparentemente la compra como tal y se apreció la falta de conformidad.

Otro problema de semejantes dimensiones se plantea en el supuesto del denominado "consumidor empresario", es decir, aquel empresario o profesional que actúa en tal condición, pero fuera del ámbito de la que constituye su actividad propia, cualquiera que ésta sea. Así, en una línea seguida por cierta jurisprudencia menor, se ha considerado consumidor al sindicato que contrata publicidad (35) o a una empresa industrial que encarga a un banco una gestión de cobro (36). Sin embargo, ni la doctrina (37) ni la mayoría de la jurisprudencia admiten tal posición. El consumidor, se afirma, no está protegido especialmente por razón de su falta de cualificación o conocimiento frente al profesional con respecto a los bienes o servicios que adquiere o utiliza; tampoco en función de su menor capacidad económica frente a aquél. No son esas las diferencias que el Derecho de consumo pretende subsanar, aunque deban ser tenidas muy en cuenta. "El consumidor está protegido porque, estando abocado a consumir, no puede evitar contratar bienes y servicios para ello. Quien ingresa en el mercado con ánimo de lucro lo hace voluntariamente y no merece tal protección, aunque en ocasiones tenga que actuar fuera de su especialidad profesional o empresarial, en condiciones de inferioridad por razón de ello frente al empresario profesional que le suministra bienes o servicios. Toda su actividad empresarial o profesional, incluida la que se produce fuera de su giro propio habitual, queda excluida de la protección propia del consumidor. Por otra parte, razones de seguridad jurídica abundan en esta solución: quien contrata con un profesional o una empresa debe tener la seguridad de que no trata con un consumidor" (38).

Por último, es necesario destacar que en el TRLDCU, a diferencia de lo que sucede en el Derecho comunitario (39), se incluye como consumidores no sólo las personas físicas sino también las personas jurídicas, siempre que en éstas concurren los mismos requisitos que debe reunir el consumidor persona física (40). En todo caso, esta inclusión, se dice, no tiene excesiva trascendencia puesto que se reducirá a aquellos supuestos de personas jurídicas que, sin finalidad de lucro, transmitan a título gratuito (o a precio de coste) los bienes y servicios adquiridos (41). Sería, por ejemplo, el caso de las fundaciones, cooperativas o asociaciones que adquieren bienes o servicios para que sean utilizados por los miembros de la entidad (42).

Además, el artículo 67.2 del TRLDCU, cuando determina los puntos de conexión para la aplicación de las normas de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia y de garantías, permite equiparar al consumidor con el ciudadano de un estado miembro de la Unión Europea, que obviamente, tienen que ser una persona física.

Conviene precisar que, tanto la Ley de Crédito al Consumo (LCC) como la hoy derogada Ley de Viajes Combinados (LVC) circunscriben su ámbito de aplicación subjetivo a las personas físicas. Así, el artículo 1.2 de la LCC define al consumidor como "a la persona física que, en las relaciones contractuales que

en ella se regulan, actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional". Por su parte, la LVC al definir al beneficiario y al cesionario de un viaje combinado aludía también solamente a la persona física. Sin embargo, hoy, a tenor del artículo 151.1.g) del TRLDCU, en el ámbito de los viajes combinados puede ser consumidor "cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario". Pues bien, mientras el contratante principal puede ser perfectamente persona física o jurídica, el beneficiario y el cesionario sólo pueden ser personas físicas, conforme a los apartados e) y f).

9.- Régimen jurídico.

Como ya venimos señalando, en el ordenamiento jurídico español no existe una construcción completa de la compraventa de consumo, ni siquiera algo parecido, con un mínimo de sistemática. Los preceptos del TRLDCU (43) y de otras cuantas leyes especiales o sectoriales, no ofrecen, en absoluto una regulación cerrada y completa de la institución, pues para numerosas cuestiones, sigue siendo preciso acudir al CC y, en su caso, al CCom, donde sí se acometen los contornos del contrato con vocación de globalidad.

El Libro II del TRLDCU, rubricado "Contratos y garantías", incluye un Título I en el que se contienen algunas normas generales a propósito de los "Contratos con los consumidores y usuarios", unas cuantas por alusión dentro de un primer capítulo titulado "Disposiciones generales" y otras en el segundo, acerca del "Derecho de desistimiento". Es verdad que luego, dentro del Título dedicado en especial a los contratos celebrados a distancia (artículos 101 y 102), y del consagrado a la regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (artículo 110), vuelve a regularse ese derecho de desistimiento. Y también que, en otro alarde de asistemática, todo lo relativo a garantías (o saneamiento) merece un título independiente (artículos 114 y siguientes), aplicable obviamente también a toda venta de consumo. Pero es indudable que podemos hablar de unas "normas generales" (todo lo incompletas y asistemáticas que se quiera) que disciplinan, de manera más o menos global, todos los contratos celebrados con consumidores, en los artículos 59 a 79 del TRLDCU.

La técnica legislativa no puede ser más lamentable: el legislador hace un alarde de consciencia de la existencia de otras "normas civiles y mercantiles", y de que las mismas pueden ser de ámbito comunitario, estatal y autonómico, y remite a ellas de manera genérica, sin señalar, al menos en las de carácter estatal que le conciernen, y como sería su obligación, a qué normas se refiere, cuáles deroga y cuáles no, en qué partes son aplicables y dónde no lo son. En suma, se genera confusión legislativa por aspersion.

Ello da lugar a no pocos problemas de coordinación entre unas disposiciones y otras y, a menudo, a la inaplicación de las reglas propias del consumo. Para intentar resolverlos, es preciso tomar como punto de partida el carácter "especial" de estas reglas generales de los contratos celebrados con consumidores, frente al carácter general de las normas y principios que contiene el Código Civil (44).

10.- El deber precontractual de información.

10.1.- Fundamento y regulación positiva.

Como venimos explicando, una de las razones de ser del propio Derecho de consumo se encuentra en la desigualdad que, por definición, preside las relaciones de mercado entre consumidor y empresario. Desigualdad que no reside tanto en una (no necesariamente) diversa capacidad económica de uno y otro, como en el diferente grado de conocimiento del propio mercado. Es un hecho la prevalencia que ocupa el empresario que "todo lo sabe" respecto de ese mercado concreto, pues profesionalmente acude al mismo todos los días, frente a un consumidor que "todo lo ignora", al acercarse a la contratación como mero amateur. Por esta razón, uno de los objetivos fundamentales de la legislación protectora de los consumidores y usuarios se centra en reequilibrar aquellas situaciones susceptibles de originar una posición de prevalencia del empresario frente al consumidor (45). Y una de las maneras

más eficaces de hacerlo es asegurando una mayor y mejor formada información del consumidor. Como quiera que quien dispone de la misma es el propio empresario, nadie mejor que el mismo para cumplir esa finalidad.

En definitiva, el denominado deber precontractual de información no es sino una de las primeras manifestaciones de la buena fe in contrahendo (46). Siempre lo ha sido (47). Y en todo proceso de contratación las partes vienen obligadas a transmitirse mutuamente, de acuerdo con la buena fe, aquella información que resulte precisa para formar adecuadamente el consentimiento contractual y, en especial, evitar la ulterior causación de daños contractuales. Como se ha señalado (48), a pesar de la general afirmación de partida según la cual cada cual debe procurarse la información necesaria para velar por sus propios intereses, no es menos cierto que en la mayor parte de los ordenamientos europeos resulta hoy común considerar que, en ocasiones, las reglas derivadas de la buena fe que imponen entre las partes negociadoras deberes de cooperación son susceptibles de hacer recaer sobre una de ellas el de informar espontáneamente a la otra acerca de circunstancias que esta última ignora y que pueden ser fundamentales para la decisión de contratar o para la conformación del vínculo. De esta suerte, el consentimiento otorgado sobre realidades cada vez más complejas y tecnificadas será un consentimiento "informado", aunque la muestra de los textos sobre Derecho contractual europeo parece revelar que el énfasis se pone no tanto en la relación entre deberes de información y consentimiento, cuanto en su conexión con el derecho de la otra parte a ser informado sobre el contenido del contrato. En todos los textos de Derecho contractual europeo, los deberes precontractuales de información constituyen una preocupación constante. Su conexión con una concepción del contrato alejada de la liberal, basada ahora en la solidaridad entre las partes más que en la oposición entre ellas, así como la necesidad de situarlos en su marco propio, más allá de las tradicionales figuras del error y el dolo, explican también la preocupación que por ellos siente la literatura jurídica de nuestros días (49).

Lo que sucede es que en las relaciones de consumo, este deber adquiere un especial relieve, por las razones que acabamos de expresar, a las que debemos añadir la práctica total ausencia de tratos preliminares que es una constante en este tipo de relaciones. Ello da lugar a que la información sea considerada como un derecho básico del consumidor en el artículo 8.d) del TRLDCU.

Por esta razón, en los contratos de consumo el legislador no confía el deber de información al genérico deber de actuación conforme a la buena fe, sino que explícitamente lo consagra en el artículo 60 del TRLDCU, donde además se regula de manera minuciosa. Junto al mencionado precepto, y en manifiesta contravención de la finalidad refundidora, los deberes de información se encuentran regulados también, dentro del propio TRLDCU, en los artículos 97, 152 y 153; y fuera de él, en el RD 515/1989, de 21 abril, sobre información a suministrar al consumidor en la compraventa y arrendamiento de vivienda (50); en los artículos 7 y 8 de la Ley 22/2007, de 11 julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; artículo 43/2007, de 13 diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio; en el R.D. 2236/1993, de 17 diciembre, por el que se regula el etiquetado y el prospecto de los medicamentos de uso humano; en el R.D.124/1994, de 28 enero, que regula el etiquetado y la información referente al consumo de energía y de otros recursos de los aparatos de uso doméstico; en el R.D. 1326/1995, de 28 julio, por el que se regula el etiquetado energético de frigoríficos, congeladores y aparatos combinados electrodomésticos; etc.

De manera general, se define la información como un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes (deudor de la obligación de información) a la otra parte (acreedor de la obligación de información), teniendo como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual de este último, tanto en los aspectos jurídicos como materiales del negocio (51). Se trata, en definitiva, de que el consumidor tenga un conocimiento razonable de lo que adquiere, cuáles son sus prestaciones y características, así como las expectativas que cabe esperar del producto o servicio, a fin de que pueda configurar adecuada y libremente su

consentimiento (52).

La información precontractual al consumidor tiene un marcado carácter instrumental, pues su contenido determinará en buena medida la conclusión de un determinado contrato (información precontractual) o el correcto y satisfactorio desarrollo del producto adquirido (información contractual), en el supuesto en el que la perfección del contrato haya tenido ya lugar. Además, esa información cumple un importante papel de cara a la evitación de daños, personales o materiales, en la persona del propio contratante, o de terceros ajenos a la relación contractual. La inadecuada o incompleta información acerca de las instrucciones de uso o manejo de un producto es la que motiva la causación de diversos daños que deben ser resarcidos (53). Muchos productos no son "defectuosos" per se, sino que vienen acompañados de incorrectas o insuficientes instrucciones que los convierten en inservibles o, lo que es más grave, en peligrosos; lo mismo cabe decir de determinados servicios en los que no se proporciona al usuario unas instrucciones o conocimientos mínimos para el correcto uso (54).

Pues bien, en cuanto a su razón de ser y finalidades que persigue, señala la doctrina que la proclamación del deber precontractual de información encuentra un triple fundamento (55):

a) Proteger la libertad y racionalidad de la decisión sobre si contratar o no hacerlo, es decir, asegurar el correcto juicio de conveniencia económica u oportunidad del contrato.

b) Advertir al consumidor sobre el alcance del compromiso contractual desde el punto de vista económico y jurídico (prestación principal y accesorias), o sobre las circunstancias que sobrevendrán a la celebración del contrato, esto es, en el curso de su ejecución, incluyendo los derechos o ventajas legales de las que goza el consumidor.

c) Dar a conocer las cualidades, utilidades o fines para los que sirve o puede servir el objeto del contrato.

10.2.- Cualidades exigibles a la información.

Las cualidades que debe tener la información precontractual al consumidor son las siguientes:.

1º) La información debe dispensarse al consumidor antes de contratar.

2º) La información ha de ser clara y comprensible. Y no en términos generales u objetivos, como dirigida al hombre medio o a "sectores medios de población", sino de manera subjetiva en relación con el consumidor concreto que va a comprar (56).

3º) El mensaje debe comprender toda la información relevante sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, lo que implica un determinado contenido, al que nos referimos en el epígrafe siguiente.

4º) La información suministrada al consumidor debe ser veraz, objetiva, exacta y comprobable, tanto en sentido positivo, o sea, ofrecer al consumidor todos los datos relativos al objeto de la compraventa, circunstancias de la entrega, precio, forma de pago, etc., que se ajusten a la realidad del contrato; como en sentido negativo, es decir, no omitir aspectos o detalles del contrato cuyo conocimiento pudieran llevar al consumidor a desistir de la compra o a convenirla en otras condiciones u otro establecimiento. La veracidad de la información precontractual, en el ámbito publicitario, se exige también en la Ley 34/1988, general de publicidad.

5º) Se exige que la información sea completa, en cuanto resulte suficiente para formar adecuadamente el consentimiento del comprador consumidor.

6º) La información debe ofrecerse de manera gratuita.

7º) El obligado a dispensar la información es siempre el empresario vendedor.

10.3.- Contenido de la información.

Como hemos señalado, la información precontractual dispensada al consumidor debe comprender todos los datos y circunstancias "relevantes" sobre el contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

10.4.- Sanción por incumplimiento del deber de información.

No contempla el TRLDCU una norma especial que determine cuál es la sanción o consecuencia jurídica de la falta de cumplimiento del deber precontractual de información (57), salvo la críptica afirmación del artículo 65, según la cual la integración de los contratos en beneficio del consumidor tiene lugar "también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante". En consecuencia, se debe estar a las reglas generales de la teoría general de las obligaciones y contratos.

Por una parte, la infracción del deber precontractual de información puede dar lugar a un vicio del consentimiento contractual del consumidor, ya sea por error (más o menos inducido por el vendedor) o, incluso, por dolo (más o menos reticente), conforme a los artículos 1266 y 1269 del CC. De otro lado, la infracción del deber precontractual de información puede dar lugar, y lo hace a menudo, a un supuesto de culpa in contrahendo, o infracción de la buena fe precontractual, cuya consecuencia no es otra que la responsabilidad precontractual del vendedor. Y por último, incumplimiento de sus deberes de información por parte del vendedor genera, en otras ocasiones, una más que evidente responsabilidad contractual frente al comprador, cuando dicha información incluye afirmaciones falsas o inexactas sobre las cualidades, características o utilidades del objeto de la compraventa, que luego resultan frustradas, y que conocerá las respuestas clásicas de reducción del precio o indemnización de los daños y perjuicios causados. En último caso, el consumidor siempre podrá acudir a los remedios sinalagmáticos, y especialmente, a la resolución del contrato, cuando el defecto de información constituya un incumplimiento relevante por parte del vendedor.

Sin embargo, dentro de las compraventas de consumo adquiere especial relevancia el principio de conservación del contrato, toda vez que el consumidor casi siempre tiene un marcado "interés de cumplimiento" del contrato, en cuanto éste constituye la única vía jurídica para la satisfacción de sus necesidades. El contrato de consumo es, en efecto, el instrumento a través del cual los consumidores (que, como es bien sabido, "somos todos") satisfacemos las necesidades más elementales (vivienda, vestido, alimentación...), y otras que no lo son tanto, pero forman parte hoy día del desarrollo normal de la vida cotidiana (el coche, un libro, un teléfono o un ordenador personal). Contratar o sucumbir, es el sino del hombre del siglo XXI. Por ello, la nulidad o resolución del contrato no parecen soluciones especialmente satisfactorias para los intereses del consumidor, cuyo objetivo es adquirir el bien objeto del contrato, y hacerlo en condiciones de máximo respeto de sus derechos. Y resulta mucho más adecuado conservar el contrato, mediante la oportuna integración del mismo, que tiene lugar, ciertamente, como de manera genérica señala el artículo 65 del TRLDCU, a través de la "buena fe objetiva". Pero también, como veremos, mediante la incorporación al contenido exigible del contrato de las declaraciones publicitarias (artículos 61 y 116.1.d), mediante la interpretación contra proferentem de las manifestaciones oscuras o dudosas. O incluso mediante la inclusión, en sustitución de los contenidos omitidos o inexactamente proporcionados por el vendedor, de otros establecidos por el legislador (artículos 7 de la LCC y 8 de la LVMP).

11.- Integración del contrato.

11.1.- Idea general.

Bajo la rúbrica "Integración del contrato", el artículo 65 del TRLDCU establece que "los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante". La técnica de la integración contractual, como es sabido, tiene lugar cuando resulta preciso colmar alguna laguna en el contenido del contrato, ya sea porque las partes omitieron la regulación de alguno de los aspectos relevantes para el desarrollo, interpretación o cumplimiento del contrato, ya porque alguna de sus cláusulas resulta declarada nula, y su previsión necesita ser sustituida por otra. Esta última posibilidad resulta particularmente frecuente en el supuesto de los contratos de consumo, cuando contienen alguna cláusula abusiva, según vimos en el capítulo anterior. Así, el artículo 83 del TRLDCU, tras proclamar la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas (que le debe parecer poca cosa al legislador cuando añade que,

además, se tendrán por no puestas), establece, con arreglo al principio de conservación del contrato, que "la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva".

La integración permite llegar "más allá" de lo expresamente pactado, para dar entrada en el contrato a aquellas otras reglas o "consecuencias" que, según la naturaleza del contrato, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, como señala el artículo 1258 del CC.

Por eso, debería admitirse que este artículo 65 del TRLDCU no añade nada a la regla de integración que establece la teoría general de las obligaciones y contratos con carácter general, de manera muy particular el artículo 1258 del CC. Precepto éste que igualmente remite a la buena fe como criterio de integración del contrato, junto con el uso y la ley. Buena fe que, según dicta el sentido común más elemental, no puede ser otra que la buena fe objetiva, es decir, los postulados de la rectitud de conducta o el fair play contractual.

Y en consecuencia, la única "novedad" que nos aporta el mencionado artículo 65 es la utilización de dicha buena fe "en beneficio del consumidor". Es decir, combina la regla de la buena fe con el principio pro consumatore que preside todo el Derecho de consumo, de manera que los dictados de aquélla en ningún caso pueden llevar a un resultado contradictorio con los intereses del consumidor-comprador, o beneficioso exclusivamente para el vendedor.

11.2.- Integración de la oferta, promoción y publicidad.

Si constituye una regla específica de integración de los contratos de consumo la que contiene el artículo 61.2 del TRLDCU, cuando establece que "el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato". Dicho con otras palabras, en los contratos celebrados con consumidores, las afirmaciones promocionales o publicitarias, y las que conforman la oferta de contrato, vinculan obligatoriamente al empresario o profesional, y son perfectamente exigibles por el consumidor, aunque (luego) no aparezcan expresamente plasmadas o mencionadas en el contrato finalmente perfeccionado.

Se trata de una previsión legal que acogió (en el artículo 8 de la LGDCU) una regla de integración que ya venía aplicando con anterioridad la jurisprudencia, con fundamento en los principios generales de veracidad contractual y buena fe.

La doctrina contempla el supuesto en el que el empresario-vendedor que contrata sea distinto del sujeto que había elaborado la publicidad, y concluye que ello no exime a aquél de cumplir todas las prestaciones y condiciones que contuviera la oferta o la publicidad.

El fundamento de esta regla, se nos dice, reside en la tutela de la confianza del consumidor, puesto que protege las expectativas de éste sobre la naturaleza y condiciones de las prestaciones, creadas por las afirmaciones vertidas en las declaraciones publicitarias⁵⁸. El consumidor no tiene que soportar el denominado "riesgo de decepción" que padecería si sólo fueran exigibles las prestaciones prometidas en el contrato y no las afirmadas a través de las declaraciones publicitarias. Este riesgo se asigna al vendedor y se trata de un criterio de imputación objetivo, porque para aplicarlo basta la confianza creada por el mensaje publicitario (59).

12.- La forma en la venta de consumo.

12.1.- Emisión del consentimiento.

El artículo 62.1 del TRLDCU establece, con carácter general, que "en la

contratación con consumidores y usuarios debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato" (60); y ya en relación con los contratos celebrados a distancia (a los que nos referimos en particular en el capítulo siguiente), el artículo 99 del mismo Texto, señala que "en ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta".

Tales previsiones legales tienen una única consecuencia evidente, en relación con la forma de emisión del consentimiento en las ventas de consumo (61): sólo resulta válida la declaración de voluntad expresa del consumidor, de manera que está prohibida toda clase de atribución de valor positivo al silencio o a la falta de respuesta del consumidor.

Sin embargo, por más que ese sea el tenor de los preceptos legales, no es posible excluir en todo caso las declaraciones de voluntad tácitas o las derivadas de actos concluyentes del consumidor. Cuando éste conecta el boquerel del surtidor de gasolina al depósito de su coche, sin duda alguna está comprando gasolina; cuando toma y abre un paquete de caramelos del expositor colocado junto a la caja del supermercado, nadie puede cuestionar que lo está comprando. Ello no consiste en una "omisión" o un "silencio" del consumidor, pero tampoco constituyen declaraciones de voluntad "expresas". Y desde luego, son formas de emitir un consentimiento válido y obligatorio, mediante actos concluyentes, que no dejan lugar a la duda de cuál es la voluntad del consumidor.

12.2.- Confirmación documental de la venta.

Como ya señalábamos en el epígrafe 1.4, una de las características del Derecho de la contratación con consumidores es el renacimiento del formalismo contractual, de manera que se rompe en gran medida el principio de libertad de forma del art. 1278 CC, siempre que se exigen legalmente determinados requisitos formales para la validez y eficacia jurídica de las declaraciones de voluntad contractual, en aras de la protección del comprador o adquirente de bienes y servicios.

En ese marco se inscribe el artículo 63 del TRLDCU, que bajo la rúbrica "confirmación documental de la contratación realizada", contiene varias normas que contienen requisitos de forma totalmente exóticos a las previsiones de la teoría general de obligaciones y contratos. Así, en su número 1 señala que "en los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo de las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación. Y añade el número 2 que "salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse ésta por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera".

En todo caso, no nos parece que la imperatividad de la norma que prescribe este artículo 65 del TRLDCU pueda dar lugar, en caso de infracción, a la nulidad de la venta realizada, pues ello redundaría en un evidente perjuicio para el consumidor, sería contrario al principio de conservación del contrato, y a la indispensable fluidez del mercado de bienes de consumo. Y en consecuencia, por muy discutible que pueda parecer el régimen que establecen los artículos 1278 a 1280 del CC, debe aplicarse aquí también la solución que predicamos, que por lo demás condensa una sabia tradición jurídica: cuando el artículo 65 del TRLDCU exige la entrega de un justificante de la venta realizada, estamos en presencia de un requisito de forma ad probationem y que carece de eficacia ad solemnitatem. Y con arreglo al artículo 1279 del CC, la única consecuencia de tal previsión legal es que el comprador podrá siempre exigir la entrega del justificante.

13.- El denominado "derecho de desistimiento".

13.1.- Concepto y fundamento.

Una de las manifestaciones más drásticas del Derecho de los contratos celebrados con consumidores es el denominado "derecho de desistimiento", que constituye un verdadero torpedo en la línea de flotación de la teoría general del contrato, construida sobre el viejo dogma del pacta sunt servanda. En efecto, la legislación tuitiva de los consumidores y usuarios ha introducido, en no pocos contratos "la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase", tal como se define (gerundio incluido) en el artículo 68.1 del TRLDCU, que a renglón seguido declara "nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento" (62).

Esa facultad, en efecto, viene a contradecir algunos de los pilares del Derecho de los contratos, como la fuerza obligatoria del consentimiento ("el contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes", "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento") o la prohibición de dejar su cumplimiento al arbitrio de uno de los contratantes. Ciertamente, no es del todo insólito para nuestro ordenamiento jurídico que, en algunas figuras contractuales, uno de los obligados pueda desvincularse unilateralmente de sus obligaciones: recordemos la revocación del mandato o de la comisión, la resolución unilateral del arrendamiento de servicios o del arrendamiento de obra. Pero se trata siempre de supuestos de contratos intuitus personae y de contratos de tracto sucesivo. En figuras contractuales como la compraventa, la posibilidad de que uno de los contratantes deje sin efecto el contrato, en virtud de su unilateral decisión, ajena a toda alegación de causa alguna ("sin necesidad de justificar su decisión", dice el precepto mencionado), y sin que ello conlleve penalidad alguna, constituye toda una revolución que carece de antecedentes en toda nuestra tradición jurídica (63).

La introducción en nuestro ordenamiento de una novedad legislativa de ese calibre requiere meditar muy bien acerca de su justificación y fundamento, y precisar muy bien en qué casos procede el ejercicio de tal facultad así como sus peculiaridades técnicas. Respecto de lo primero, se ofrecen las siguientes razones justificativas de tal facultad de revocación unilateral (64):

1º) Con tal derecho se le da al consumidor la facultad de reconsiderar su decisión en razón de la relativa falta de libertad que padeció al tiempo de la celebración del contrato. En efecto, la agresividad de las modernas técnicas de marketing y la rapidez con que se opera en el mercado, hacen que frecuentemente el consumidor se vea compelido o presionado para comprar de manera irreflexiva, sin pensar o sin saber muy bien lo que está haciendo. Establecer un plazo de reflexión, arrepentimiento o "enfriamiento" de la decisión contractual permite enmendar tales problemas, y además incentiva al empresario para que, si quiere evitar la revocación de sus contratos, se comporte lealmente en la contratación.

2º) Sirve también para limitar la discusión sobre el cumplimiento (o la conformidad) del contrato cuando el ejercicio del derecho de desistimiento es discrecional, en la medida en que no se sujeta a los requisitos propios de los remedios frente al incumplimiento (especialmente los de la resolución del contrato en sentido técnico), ya se trate de acreditar el incumplimiento o bien de demostrar su importancia en relación con la economía del contrato.

3º) Además, puede justificarse en la conservación por parte del consumidor del poder de decisión sobre su propio interés durante toda la vigencia del contrato, sobre todo cuando se trata de contratos de tracto sucesivo o que imponen una notable carga económica hacia el futuro.

4º) Por último, puede resultar útil para remediar o prevenir el sobreendeudamiento de los consumidores, ocasionado por la adquisición innecesaria de bienes o servicios o por la asunción de obligaciones superfluas que comprometen su patrimonio futuro.

En cuanto a la técnica que ha seguido nuestro legislador a la hora de

implementar tan importante revolución legislativa, hay que lamentar una vez más su falta de rigor. Para empezar, desde el punto de vista terminológico, pues unas veces se habla de "derecho de desistimiento", otras de "arrepentimiento" (como si de un pecado el contrato se tratase); tan pronto se habla de "rescindir" como de "resolver", de "poner fin", "desvincularse" o "dejar sin efecto" (65).

A nuestro juicio, a la vista de las figuras que siempre han existido en nuestra teoría general del contrato, estamos en presencia de un supuesto de verdadera revocación o, en último caso, de resolución unilateral del contrato, y tal debiera haber sido la denominación legal, para evitar los malos entendidos y dificultades que ha venido presentando su aplicación práctica.

Pero junto a los aspectos terminológicos, también resulta cuestionable la utilidad de todo un capítulo del TRLDCU para regular ese derecho de desistimiento, que no se atribuye al consumidor con carácter general (en cuyo caso tendría sentido una regulación, también general, de la materia) sino que sólo tiene lugar "en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción publicitaria o en el propio contrato".

13.2.- Presupuestos para su ejercicio.

A) Previsión legal o contractual.

Como veníamos diciendo, el llamado derecho de desistimiento no se confiere al consumidor con carácter general en todos los contratos que celebre, sino que su ejercicio queda restringido a aquellos casos en que así se prevea legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción publicitaria o en el propio contrato.

Desde el punto de vista legal, y en lo relativo a la compraventa de consumo que aquí nos interesa, así se reconoce en los contratos celebrados a distancia, en los de venta fuera de establecimiento mercantil, y en la venta de bienes muebles a plazos.

En cuanto al origen convencional de la facultad de revocación, existe una importante limitación a la autonomía de la voluntad de las partes en el artículo 79 del TRLDCU, cuyo párrafo 3º establece que "en ningún caso podrá el empresario exigir anticipo de pago o prestación de garantías, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento en su favor para el caso de que se ejercite el derecho de desistimiento".

B) Formalidades.

Para garantizar que el consumidor conozca la posibilidad de ejercer tal facultad revocatoria, cuando la ley o el contrato se la atribuya, el artículo 69 del TRLDCU establece la obligación del empresario contratante de informar por escrito en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, del derecho de desistir del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido. Así mismo, se le obliga a entregar un "documento de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere".

Por otra parte, aunque el artículo 70 del TRLDCU proclame que "el ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna", lo cierto es que la voluntad revocatoria del consumidor deberá constar externamente de alguna manera. Por ello, el propio precepto señala que basta que se acredite en cualquier forma admitida en derecho, y que en todo caso se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del "documento de desistimiento" o mediante la devolución de los productos recibidos. Es más, en la propia definición del derecho de desistimiento que ofrece el artículo 68.1 del propio TRLDCU, se incluye la obligación del consumidor de notificar su decisión "a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho". Ciertamente, el legislador no impone formalidades y remite a los medios de prueba generales, pero el artículo 72 del propio Texto atribuye al

consumidor la carga de la prueba del ejercicio de su derecho de desistimiento.

En todo caso, deberá constar de manera clara e indubitada que el consumidor ha decidido "desistir" del contrato o, mejor dicho, revocar el consentimiento contractual que expresó en su momento. Pero eso es todo: la discrecionalidad es total, y el consumidor no tiene que alegar causa, motivo o explicación alguna de tal decisión, en la que goza de total arbitrio.

C) Plazo.

Resulta de gran importancia aquí el requisito temporal para el ejercicio del derecho de desistimiento. Recuérdese que bien puede configurarse tal derecho como una suerte de "periodo de reflexión" que permite al consumidor "pensarse mejor" el contrato que acaba de celebrar. Y además, dicho plazo debe ser relativamente breve, en aras de la más elemental seguridad jurídica: por mucho que se quieran defender los derechos de los consumidores y usuarios, no parece admisible mantener al empresario que "cierra" una operación de venta, en la incertidumbre de si el consumidor se arrepentirá o no, más allá del tiempo que resulte razonable. El plazo ha de considerarse, a todos los efectos, como de caducidad, según unánimemente considera la doctrina.

El artículo 71 del TRILDCU establece, por ello, un plazo mínimo de siete días hábiles para ejercer el derecho de desistimiento. Sin embargo, ese plazo se amplía notablemente en caso de que el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, pues en tal supuesto el plazo es de tres meses. Pero sólo en tal caso, que se aplica rigurosamente por la jurisprudencia (66).

Y en cuanto al dies a quo, en los contratos de compraventa que aquí nos interesan, el cómputo del plazo se computa desde la recepción del bien objeto del contrato, según dispone el artículo 71.2 del TRILDCU.

13.3.- Gastos.

El artículo 73 del TRILDCU señala que "el ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario. A estos efectos se considerará lugar de cumplimiento el lugar donde el consumidor y usuario haya recibido la prestación". Norma que contrasta con la establecida para las ventas a distancia, en las que el empresario tiene derecho a exigir el "coste directo de la devolución del bien o servicio" (artículo 101 del TRILDCU), y la que se aplica a la venta de bienes muebles a plazos, donde la devolución debe realizarse "libre de todo gasto para el vendedor" (artículo 9.1.b de la LVBMP).

13.4.- Efectos.

El llamado "desistimiento", en cuanto forma de revocación del consentimiento, determina una extinción del contrato de compraventa con carácter retroactivo, lo que conlleva, naturalmente, la restitución de las prestaciones que se hubieran entregado las partes, para tratar de dejarlas en idéntica situación económica a la que tenían en el instante anterior a la celebración del contrato. Tal restitución merece las siguientes precisiones y observaciones:.

1º) El consumidor deberá restituir al vendedor el objeto del contrato de compraventa.

2º) Sin embargo, no tendrá que reembolsar cantidad alguna por la disminución de valor que haya experimentado el objeto como consecuencia del uso realizado por el comprador, siempre que dicho uso se haya realizado conforme a lo pactado o a la naturaleza del bien. Y si el derecho de desistimiento era de origen contractual, el consumidor no tendrá en ningún caso obligación de indemnizar por el desgaste o deterioro del bien debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva.

3º) El empresario debe devolver el precio (o parte del mismo) que hubiese cobrado, sin retención de gastos, "lo antes posible y, en cualquier caso, en el plazo máximo de 30 días desde el desistimiento".

4º) La imposibilidad de devolver el objeto de la compraventa por parte del consumidor, por pérdida, destrucción o cualquier otra causa, no le privan de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento. Y en cuanto a la

restitución, hemos de distinguir dos situaciones:.

a) Si la imposibilidad es imputable al comprador-consumidor, éste "responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste".

b) Si, por el contrario, la imposibilidad fuera de carácter fortuito, nada nos dice la norma. Por tanto, habrá que entender que, sin perjuicio del mantenimiento del derecho a revocar el contrato, deben aplicarse las reglas generales respecto del riesgo en el contrato de compraventa. Lo que sucede es que la doctrina del riesgo está referida a los deterioros y pérdidas que tengan lugar entre la perfección del contrato y la entrega de la cosa, mientras que en el supuesto que aquí nos ocupa, la pérdida de la cosa ha podido tener lugar con posterioridad a la entrega, de manera que el criterio res perit domino obliga a hacer pechar con los riesgos al comprador. Pero en ese caso, el ejercicio del derecho de desistimiento le obligaría a restituir el equivalente pecuniario, como si de una pérdida imputable se tratase. Y en consecuencia, el silencio del legislador, que sólo obliga al cumplimiento por equivalente en el caso de pérdida imputable, habría que interpretarlo como una suerte de atribución del riesgo al vendedor, lo que realmente tampoco resulta demasiado justo.

5º) Cuando en la compraventa de consumo el precio haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el propio empresario vendedor o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará, al mismo tiempo, la resolución del contrato de crédito, sin penalización alguna para el consumidor.

14.- Garantía legal.

14.1.- Planteamiento.

Una de las peculiaridades más significativas del contrato de compraventa de bienes de consumo viene dado por el sistema de "garantía" legal, que constituye todo un salto cualitativo tanto en el modelo de protección de los derechos del consumidor, como en si se compara con la configuración del contrato de compraventa en el Código Civil.

Como sabemos bien, el comprador tiene siempre derecho a la entrega del bien y al saneamiento. Sin embargo, en este nuevo modelo de compraventa, ese concepto de "saneamiento" (al menos, el saneamiento por vicios ocultos) ha sido reemplazado por el derecho a que el bien que se le entrega sea conforme con el contrato, de manera que el vendedor responderá no sólo de la entrega sino también de cualquier falta de conformidad que presente el objeto del contrato en el momento de la entrega. En torno a la noción de garantía legal se construye todo un sistema de protección jurídica del comprador directamente resultante de la ley, como efecto natural del contrato, respecto a los defectos de los bienes adquiridos: El comprador-consumidor, por el sólo hecho de la compra y la entrega del producto, goza de una garantía legal que le asegura que si el producto no se ajusta a lo debido -falta de conformidad-, podrá pedir la reparación y/o la sustitución del mismo, bajo determinadas condiciones legales (67).

Ello no es otra cosa que la adecuación al mercado y tráfico jurídico contemporáneo, de la vieja protección civil del comprador frente a los vicios ocultos de la cosa vendida, regulada por los artículos 1484 a 1499 del Código Civil. Lo que sucede es que aquel saneamiento por vicios ocultos presenta algunos inconvenientes desde el punto de vista de una protección eficaz a los consumidores, entre los que cabe citar: la brevedad del plazo de seis meses para el ejercicio de la acción; los habituales problemas de prueba; la inadecuación entre los derechos que concede al comprador la garantía legal, y sus intereses reales, pues lo que el consumidor desea no es la resolución del contrato ni la reducción del precio, sino que la cosa comprada satisfaga sus necesidades de manera efectiva, sea conforme con lo que realmente adquirió; la necesidad de acudir a los tribunales civiles; el carácter dispositivo de la garantía legal de saneamiento por vicios ocultos, cuyas normas pueden ser excluidas de aplicación por voluntad de los contratantes (artículo 1485 del Código Civil).

14.2.- La falta de conformidad.

A) Su irrupción en el marco europeo y español.

La falta de conformidad representa el elemento central o supuesto de hecho de base de la responsabilidad del vendedor en la venta de bienes de consumo, al proclamar el artículo 114 del TRLDCU que el vendedor responde frente al consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto. Se trata de una nueva noción que sustituye a las tradicionales figuras de vicios ocultos, faltas de cantidad o de calidad, aliud pro alio, a las que venía referida la responsabilidad del vendedor.

Es preciso distinguir entre dos obligaciones de garantía que incumben a todo vendedor respecto de los consumidores: por una parte, la conformidad que ha de existir entre lo expresado en el contrato y el objeto efectivamente entregado; y por otra, la seguridad de que dicho bien no va a ocasionar daños en el llamado "interés de indemnidad" del consumidor. El artículo 137.1 del TRLDCU señala que "se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación." Es obvio que el concepto de defecto de conformidad resulta más amplio que el de seguridad, pues la falta de conformidad puede obedecer a cualidades o aspectos de la cosa vendida que no afecten a su seguridad (68). Dicho de otro modo, todo defecto de seguridad, además de conllevar las consecuencias inherentes a la responsabilidad civil por los daños causados por los productos defectuosos, implicará también un defecto de conformidad. Pero no todo defecto de conformidad necesariamente implicará una merma de seguridad.

En todo caso, la falta de conformidad, como fuente de responsabilidad del vendedor, trasciende al Derecho de consumo, y está muy generalizada, entre la mejor doctrina, la opinión de que puede llegar mucho más lejos, incluso incorporarse al Código Civil en un futuro más o menos próximo. Tanto los diferentes textos legislativos europeos, como los distintos anteproyectos de reforma del Derecho de obligaciones y contratos de 2005 y 2009 transitan por ese camino. Se trata, sin duda, de un concepto de una profunda trascendencia dogmática (69) que puede llegar a provocar un cambio del sistema del incumplimiento en la compraventa sujeta al Código Civil.

Sin embargo, a la luz de los preceptos donde se ha venido consagrando este criterio de imputación de responsabilidad al vendedor, comprobaremos cómo el concepto de falta de conformidad resulta mucho más amplio (también, por tanto, notablemente más impreciso), pues engloba los vicios del consentimiento, las diferencias de cantidad y calidad, el problema del aliud pro alio y la cuestión de los vicios ocultos (70).

En el ámbito europeo, la DIR 99/44 no es un hecho aislado, sino que como explica Elena VICENTE, "el principio de conformidad en el contexto de la venta de bienes para el consumo, es parte de una política comunitaria compleja que persigue proteger al consumidor y evitar que los productos circulen en el mercado con faltas de conformidad. Estos controles mantienen una tutela preventiva para que los productos lleguen en perfectas condiciones al mercado, y, evitar en lo posible que en el momento de la entrega haya falta de conformidad." (71).

En España, el artículo 114 del TRLDCU prescribe que "el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto".

B) La novedad de la noción.

Con carácter general, explica DÍEZ-PICAZO que "no hay que perder de vista que la comprobación de vicios o defectos ocultos en las cosas vendidas tiene que realizarse mediante una comparación de las cosas tal y como fueron contempladas en el contrato por las partes contratantes, y tal y como se han

presentado en el momento de la ejecución de las obligaciones contractuales. En el fondo, puede entenderse que la entrega de la cosa con defecto es una forma de incumplimiento contractual, conclusión a la que había llegado la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que, además, había declarado la compatibilidad de las acciones edilicias con las acciones generales de incumplimiento, a lo que se vio forzado tras haber admitido, en forma enormemente dubitativa, que el artículo 1490 del CC establece un plazo de caducidad. Este es el punto por donde se puede hilvanar el régimen de los vicios o defectos ocultos de las cosas vendidas y el de la falta de conformidad" (72).

La obligación de conformidad (y, por tanto, la responsabilidad por falta de conformidad) consiste, entonces, en que el objeto entregado por el vendedor coincida o se ajuste con aquél que pactaron las partes. Lo que sucede es que dicha identidad entre lo pactado y lo entregado viene sometida a unos criterios y exigencias legales que estudiaremos a continuación.

No es, por tanto, la conformidad, un concepto absolutamente nuevo para nuestra teoría general del contrato, pues uno de los requisitos de la entrega en toda compraventa es precisamente esa identidad entre lo pactado y lo entregado. Con todo, hay que admitir que a pesar de las similitudes evidentes entre vicios ocultos y falta de conformidad, existen enormes diferencias que no han escapado a la observación de la doctrina. MORALES explica que conformidad y vicio tienen relación pero no coinciden plenamente, pues el concepto de conformidad es más preciso y de contenido más amplio que vicio. Por otro lado, podemos advertir cómo mientras en el Código Civil, el vendedor es responsable de la adecuación o falta de vicios del bien hasta el momento de la perfección del contrato, sin embargo, en las ventas del consumo, el vendedor responde frente al consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto. Se trata de un cambio en la distribución del riesgo pues el vendedor es responsable hasta el momento de la tradición. El nivel de protección del consumidor es superior con el sistema previsto para las ventas de consumo porque no le transmite los riesgos de falta de conformidad surgidos durante el tiempo en el que el bien se haya encontrado en posesión del vendedor (73).

En otras palabras, no sólo nos encontramos en presencia de un "nuevo" concepto jurídico, el de "falta de conformidad", en cierto modo exótico a nuestra tradición jurídica, sino que también se altera el mecanismo de atribución del riesgo en el contrato de compraventa, lo que supone una modificación verdaderamente estructural de nuestro Derecho de la contratación. En esa línea caminaba el Anteproyecto de reforma del Código Civil de 2005 y el artículo 1452 del Anteproyecto de reforma de 2009.

C) Criterios generales para apreciar la falta de conformidad.

Sentada la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad del objeto entregado con aquél que se pactó en el contrato, es necesario profundizar en el concepto de conformidad, para determinar cuándo nos encontramos en presencia de una ausencia de la misma. No basta con entender que la conformidad exige una identidad entre lo pactado y lo entregado, pues, como decíamos, existen determinadas exigencias y requisitos legales que llevan a una determinación técnica del verdadero significado de la conformidad.

En principio, insistimos, conformidad significa, ante todo, adecuación, correspondencia, entre lo entregado y lo pactado, tanto en lo que se refiere a los caracteres o aspecto externo del bien, como a su composición y calidad. Por ello, a la hora de efectuar ese juicio de comparación (entre lo pactado y lo entregado) que constituye la apreciación de la conformidad, habrá que atender:

1º) A "lo entregado", o sea, al estado de la cosa en el momento de la entrega.

2º) A "lo pactado", que comprende, claro está, la descripción y cualidades incluidos en el clausulado contractual (si existe)⁷⁴. Pero no sólo esto, sino también otros requerimientos que, sin estar expresamente pactados, han de integrarse en el contrato, conforme a las exigencias de la buena fe, y que han sido recogidos por el legislador, en el artículo 116 del TRLDCU. En efecto,

el mencionado precepto establece que "salvo prueba en contrario, se entenderá que los productos son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que se expresan a continuación, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable:

a) Se ajusten a la descripción realizada por el vendedor y posean las cualidades del producto que el vendedor haya presentado al consumidor y usuario en forma de muestra o modelo.

b) Sean aptos para los usos a que ordinariamente se destinen los productos del mismo tipo.

c) Sean aptos para cualquier uso especial requerido por el consumidor y usuario cuando lo haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de celebración del contrato, siempre que éste haya admitido que el producto es apto para dicho uso.

d) Presenten la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado. El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto".

Nótese que el mencionado artículo 116 del TRLDCU establece claramente una presunción legal *iuris tantum* de que la entrega del bien es conforme, cuando se cumple la totalidad de los requisitos que seguidamente enumera. Presunción que, a nuestro modo de ver, concuerda con el principio de la buena fe, y, en contra de lo que se ha afirmado (75), tiene por objeto precisamente la existencia de conformidad y no otra cosa. Lo que presume el precepto es justamente lo que dice, y no otra cosa: "que los productos son conformes con el contrato". Y por lo tanto, se trata de una presunción favorable al vendedor (y no al consumidor, como se ha defendido), quien en caso de conflicto deberá, ciertamente, acreditar que el producto cumple todos y cada uno de los requerimientos que (por integración contractual) exige tal conformidad con arreglo al precepto; pero acreditados los mismo, será ya el consumidor quien deberá destruir la presunción *iuris tantum* de conformidad, para acreditar debidamente que, pese a todo, el producto no era conforme con lo pactado.

Por lo demás, es necesario comprender el verdadero significado del precepto, que en realidad no hace sino (contrario sensu) establecer un elenco (no taxativo y meramente ejemplificativo) de supuestos de falta de conformidad, que ayudan al intérprete. Dicho de otro modo, pese al cumplimiento de todos esos requisitos legales, nada impide que el comprador-consumidor pueda destruir la presunción de conformidad, mediante la oportuna prueba de que el objeto entregado no se ajustaba a lo prometido en el contrato (76).

Los requisitos que establece el artículo 116 del TRLDCU para poder aplicar la presunción *iuris tantum* de conformidad son los siguientes:

1º) La cosa debe ajustarse a la descripción realizada por el vendedor. Si no lo hace, existirá una falta de conformidad que desde siempre hemos conocido como *aliud pro alio*, al entregar el vendedor una cosa diferente de la pactada. No se ha entregado una cosa "viciada" o defectuosa, no hay un defecto de cantidad o de calidad, sino sencillamente algo diverso de lo acordado.

2º) El objeto debe poseer las cualidades que presentaran las muestras o el modelo presentado por el vendedor. En este caso, el parámetro de comparación no es la información que ofreció el vendedor, sino las cualidades que tenían las muestras o el modelo ofrecidos al comprador.

3º) El producto ha de ser apto para el uso ordinario al que se destinan los productos de mismo tipo, es decir, el destino general que tiene ese producto. Si el producto se fabrica y se vende para un determinado uso o destino, cuando aquello que se entrega no cumple tal finalidad, es evidente el incumplimiento contractual. Son muchos los ejemplos de ello que encontramos en la

jurisprudencia (77):

- Si el comprador de un coche de segunda mano, no puede utilizarlo (o sea, no puede circular con él) como consecuencia de las averías graves que presenta, tiene derecho a que el vendedor responda por falta de conformidad con el uso general. Así lo ha entendido la SAP Murcia 2 noviembre 2009 en relación con las numerosas averías aparecidas a los dos meses de adquisición de un vehículo de segunda mano.

- La SAP La Coruña 21 mayo 2007, en relación con la falta de conformidad de una piscina, determina qué debe de entenderse por uso general del producto: La conformidad del bien requiere entonces que presente la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo y que el consumidor pueda legítimamente esperar.

4º) El producto debe presentar aptitud para el uso especial requerido por el consumidor, cuando lo haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de celebrar el contrato, siempre que el vendedor haya admitido dicha aptitud. Se trata, por tanto, ya de un uso diferente del que generalmente tenía el bien, pero expresamente requerido por el comprador.

5º) El producto debe ajustarse a la calidad y las prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor pueda fundadamente esperar, a tenor de dos elementos de juicio: a) la propia naturaleza del producto; y b) las declaraciones públicas sobre las características concretas hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular, en la publicidad o en el etiquetado. Este quinto requisito de la presunción de conformidad resulta verdaderamente complicado de entender (78). En realidad comprende elementos diferentes:

a) De una parte, existe un criterio meramente objetivo, consistente en que el producto presente la calidad y prestaciones "habituales de un producto del mismo tipo", que obviamente deberá ser objeto de ponderación y valoración judicial, pero como decimos siempre desde un planteamiento objetivo.

b) De otra, se introduce un elemento subjetivo (79), al exigir que el producto presente la calidad y prestaciones "que el consumidor pueda fundadamente esperar", lo que resulta mucho más difícil de valorar, por dos razones: primero, porque no es fácil saber lo que el consumidor esperaba o dejaba de esperar; y segundo, porque resulta muy complicado determinar hasta qué punto esas esperanzas son o no "fundadas". En todo caso, esa valoración habrá que realizarla de la manera más objetiva posible, es decir, no con arreglo a las expectativas concretas o los motivos internos que ese consumidor concreto depositó en el producto adquirido, sino a tenor de lo que un consumidor medio razonablemente podría esperar del objeto del contrato. Sólo introduciendo este margen de objetividad puede entenderse adecuadamente el precepto.

A su vez, esa valoración se facilita enormemente si se tiene en cuenta que, con arreglo al precepto, ha de realizarse a la luz de dos elementos de juicio:

a) Por una parte, la categoría o el tipo a la que pertenece el bien objeto del contrato, pues igual que sucede con el uso y destino de los bienes, ciertamente su naturaleza también determina su calidad y prestaciones.

b) Por otra, las declaraciones públicas que hubiera realizado el vendedor, el productor o su representante (80). La dureza y rigor de semejante atribución de responsabilidad, incluso por declaraciones ajenas, viene a atenuarse de manera importante por el establecimiento de tres excepciones legales a aquélla, que contempla el propio artículo 116.1.d), y cuya prueba siempre corresponde al propio vendedor que utiliza alguna de las mismas para exonerarse de tal imputación legal:

1&) El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión.

2&) Tampoco queda vinculado el vendedor por las declaraciones públicas si se demuestra "que dicha declaración había sido corregida en el momento o de celebración del contrato".

3&) Y en tercer lugar, el vendedor tampoco responde de las prestaciones y calidad incluidas en las declaraciones públicas, cuando acredite "que dicha

declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto". Nos encontramos nuevamente en presencia de un elemento de subjetividad dentro de la apreciación de la falta de conformidad. (Cómo demostrar que tal o cual prestación del objeto prometida en la declaración publicitaria fue o dejó de ser determinante de la decisión de compra? Una vez más tenemos que propugnar la introducción de cierto margen de objetividad en tal valoración: no se trata, creemos, de indagar acerca de cuáles fueron los motivos internos que movieron al comprador a adquirir el bien, sino de determinar si objetivamente la prestación o elemento de calidad en cuestión es razonablemente decisivo a la hora de comprar un bien de esa naturaleza, o si un consumidor medio habría comprado igualmente a pesar de no presentar tal característica o prestación.

D) La influencia de otros criterios.

Junto a los mencionados criterios de carácter general, que permiten hacer uso de la presunción de conformidad que establece el artículo 116.1 del TRLDCU, es necesario referirse a algunos otros criterios, a fin conocer hasta qué punto pueden influir en la declaración de conformidad o disconformidad del bien. Veamos:

1º) La disminución de valor de bien no conforme.

Como quiera que en el régimen general del saneamiento por vicios ocultos, el menor valor del objeto derivado del vicio o defecto constituye uno de los supuestos en que procede la responsabilidad del vendedor, parece razonable cuestionar si puede hablarse de "falta de conformidad" cuando el defecto que presenta el bien no disminuye su valor o incluso cuando lo aumenta. Ni la Directiva ni el TRLDCU contemplan el menor valor del bien como un presupuesto de la falta de conformidad o de la responsabilidad del vendedor. Y por lo tanto, éste responderá siempre que exista falta de conformidad, apreciada con arreglo a los criterios generales que hemos estudiado anteriormente (no responde a la descripción del vendedor, no sirve para su uso general, etc.), con independencia del valor de mercado que tenga el bien, o que le mismo no sufra una disminución como consecuencia de dicha falta.

2º) La mala fe del vendedor.

Es unánime la afirmación doctrinal de que la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad de los productos es de carácter objetivo (81). En consecuencia, para declarar que el producto es o no conforme no influye en absoluto la mala fe o la culpa del vendedor.

3º) La incorrecta instalación del producto.

El artículo 116.2 del TRLDCU equipara con la falta de conformidad del producto, el supuesto de falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del mismo, "cuando dicha instalación esté incluida en el contrato de compraventa y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o por el consumidor y usuario cuando la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación". Esa defectuosa instalación es la que impide el funcionamiento normal del bien o que la cosa pueda prestar al comprador la utilidad exigible en ella conforme al contrato (82).

14.3.- Responsabilidad del vendedor.

A) Garantía legal y garantía comercial.

El TRLDCU, de conformidad con la Directiva, distingue y regula por separado dos modalidades distintas de garantía:

1º) Por una parte, la obligación del vendedor de entregar al consumidor un bien que resulte conforme con el contrato de compraventa, en los términos establecidos en la propia Ley. Obligación que podemos denominar "garantía legal", y que constituye un efecto automático del contrato de compraventa de bienes de consumo, impuesto por la Ley. Ese marco legal tiene por objeto facilitar al consumidor distintas opciones para exigir el saneamiento o responsabilidad del vendedor, cuando el bien adquirido no sea conforme con el

contrato. Entre dichas opciones se encuentra la de exigir la reparación o la sustitución del bien, salvo que ésta resulte imposible o desproporcionada. Y cuando la reparación o la sustitución no fueran posibles o resulten infructuosas, el consumidor podrá exigir la rebaja del precio o la resolución del contrato. Como es natural, esta garantía legal resulta de carácter imperativo e inderogable por la voluntad de las partes, de manera que la renuncia previa de este derecho es nula.

2º) Por otra, la garantía de carácter comercial que ofrece adicionalmente el vendedor en un documento ad hoc o en la correspondiente publicidad, y en la que se amplía voluntaria o convencionalmente el alcance de las obligaciones del vendedor. Se denomina, por ello, "garantía comercial" y se trata de trasladar a términos jurídicos el standard de calidad que normal y necesariamente tiene que garantizar siempre el fabricante de un producto, sobre todo cuando es de vida duradera. El ofrecerla al consumidor constituye una buena prueba de que el propio fabricante "confía" en la calidad de sus procesos productivos y de sus resultados, y constituye también, sin duda, un importante instrumento de marketing, que permite diferenciar el producto de otros semejantes que no porten dicha garantía adicional, que excede al mínimo legal. El artículo 125 del TRLDCU la define como "aquella que puede ofrecerse adicionalmente con carácter voluntario y obligará a quien figure como garante en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad". Nótese que esta garantía comercial no necesariamente obliga al vendedor, sino a quien conste en el documento como "garante", que no necesariamente ha de coincidir ni con dicho vendedor ni con aquella otra persona que certifica la garantía.

Dada su naturaleza contractual, la interpretación de los términos de la garantía comercial debe efectuarse dentro del marco del propio contrato⁸³. Si exige el artículo 125 del TRLDCU que la garantía comercial se formalice "a petición del consumidor y usuario, por escrito o en cualquier soporte duradero y directamente disponible para el consumidor y usuario, que sea accesible a éste y acorde con la técnica de comunicación empleada".

Recuerda Elena VICENTE que aunque pueda ser "un supuesto de laboratorio", es posible la renuncia válida a la garantía comercial, en los términos de la misma, sin que afecte a la garantía legal. Esta renuncia debería de ser expresa y no cabría, en ningún caso, deducirse implícitamente de supuestos comportamientos del comprador, tal y como ha entendido⁸⁴. Y también que la garantía comercial puede ofrecerse de manera gratuita u onerosa, pues a diferencia de la Directiva, el TRLDCU no impide que la garantía se ofrezca de manera onerosa. En muchas ocasiones, se ha oído al consumidor afirmar que "ha comprado" la garantía porque el consumidor ha pagado un plus de manera voluntaria a cambio de extender el plazo de garantía.

Como quiera que la garantía comercial "adicional" casi siempre consistirá en una ampliación de la duración del plazo legal de garantía, es lógico que la misma encuentre su más genuino campo de aplicación en la venta de productos de naturaleza duradera, los cuales, por lo demás, vienen normalmente cubiertos también por la garantía legal. La ley señala que "en los productos de naturaleza duradera deberá entregarse en todo caso al consumidor, formalizada por escrito o en cualquier soporte duradero aceptado por el consumidor y usuario y, con el contenido mínimo previsto en el Artículo anterior, la garantía comercial, en la que constará expresamente los derechos que este título concede al consumidor y usuario ante la falta de conformidad con el contrato y que éstos son independientes y compatibles con la garantía comercial."

B) Naturaleza y fundamento de la garantía legal del vendedor.

En la doctrina europea se ha discutido largamente acerca de la adecuada incardinación conceptual y el fundamento de esta responsabilidad o garantía del vendedor en la venta de bienes de consumo por faltas de conformidad, y que consagra en nuestro Derecho el artículo 114 del TRLDCU: "El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario bienes que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad...". La interpretación más extendida entre los comentaristas de la DIR 99/4485 señala

que la normativa comunitaria ha implantado una garantía que unifica los distintos supuestos de hecho de responsabilidad, que según el Derecho interno se configuran por varias hipótesis en las que el bien vendido está afectado por vicios, defectos de calidad o cantidad, etc., sean anteriores o posteriores a la perfección del contrato, para reconducir todos ellos a la violación de una nueva figura de obligación derivada del contrato de compraventa, denominada por unos "obligación de conformidad del bien con el contrato" (86) y por otros "obligación de entregar bienes conforme al contrato" (87). No se trata sólo de una cuestión terminológica. Para los primeros, consiste en una obligación distinta de la de entrega en sentido propio, puesto que tiene por objeto la conformidad del bien con el contrato, que constituye una prestación autónoma del vendedor, como obligación primaria ex contractu, respecto de la cual la entrega no es más que un puro dato temporal al que viene referida la valoración de la existencia del defecto de conformidad. Para los segundos, la legislación europea ha introducido una modalidad de obligación de entrega que se diferencia del paradigma general previsto en el Código Civil, al incluir, como especificación de su contenido, la conformidad del bien con lo previsto en el contrato, deber que, aunque viene absorbido por la obligación de entrega, comporta por ello un *quid pluris* en cuanto la prestación debida comprende también la exactitud de la *traditio rei* (88). Existen algunas otras tesis doctrinales, unas veces centradas en la distinción entre defectos anteriores y sucesivos a la venta, y otras en el concepto de "garantía pura" (y no propiamente de "responsabilidad") que la ley pone a cargo del vendedor.

Parece claro que estamos en presencia no tanto de una garantía pura, como de una obligación contractual, de cuyo incumplimiento se deriva una responsabilidad para el vendedor, que se traduce en los remedios que enumera el artículo 118 del TRLDCU (reparación, sustitución, rebaja del precio o resolución del contrato). Naturalmente, no se trata de una responsabilidad contractual resarcitoria equiparable a la de CC. Pero sí puede afirmarse que esos remedios tienen un fundamento objetivo, en cuanto tienen como punto de partida la existencia de un defecto de conformidad en el momento de la entrega, o si se prefiere, la inexacta ejecución de la obligación de entregar un bien conforme con el contrato (89).

C) Presupuestos de aplicación.

1º) *Ámbito objetivo.*

Según el artículo 115 del TRLDCU "están incluidos en el ámbito de aplicación de este título los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse". En consecuencia, la delimitación objetiva referida a los "bienes de consumo", se ha sustituido por la de "producto", que puede ser cualquier cosa mueble, destinada al consumo privado (90). Se incluyen aquí tanto los bienes nuevos como los usados o de segunda mano vendidos por profesionales (anticuarios, vendedores de vehículos de ocasión, etc.), consumible o no consumible, perecedero, materia prima o producto elaborado, alimentos, medicamentos, bienes fungibles o infungibles, genéricos o específicos, incluso animales o bienes semovientes (91). Suele discutirse su aplicabilidad a los productos informáticos, especialmente los denominados "consumibles" y el software. No vemos por qué excluirlos, cuando constituyen a todas luces bienes de consumo (92).

Sí es necesario excluir aquellos productos adquiridos mediante venta judicial (93), al agua o al gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas, y a la electricidad. Tampoco será aplicable a los productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente (94).

2º) *Preexistencia de la falta de conformidad.*

La falta de conformidad que da lugar a la responsabilidad del vendedor es sólo aquella "que exista en el momento de la entrega del producto". El momento relevante para apreciar la existencia de la falta de conformidad es el de la entrega, por lo que se entiende que el vendedor responde de las faltas

de conformidad que fueran anteriores a dicha entrega, o que estuvieran ya presentes en dicho momento, por lo que se suele hablar de "preexistencia" de la falta de conformidad.

Resulta importante destacar que una cosa es que la falta de conformidad exista en el producto en el momento de la entrega, que es lo que requiere el precepto mencionado, y otra muy diferente es cuándo se ponga de manifiesto esa falta de conformidad, lo que puede tener lugar mucho más tarde; hasta dos años después de la entrega.

Pero incluso en estos casos, para imputarle el defecto al vendedor, habrá que probar que ya se encontraba en el producto en aquel momento-clave de la entrega, pues es la única manera de restringir la responsabilidad del vendedor a los defectos originarios de la cosa, y no a los sobrevenidos, que acontecen después de la entrega y fuera del ámbito de control del vendedor.

De lo contrario, estaríamos trastocando de manera intolerable el régimen de riesgos en el contrato de compraventa de bienes de consumo: en ningún caso puede responder el vendedor de las pérdidas o deterioros que sufra la cosa con posterioridad a su entrega, siempre que éstos no se debieran a un defecto intrínseco de la cosa que se manifiesta con posterioridad.

En cuanto a la carga de la prueba de la preexistencia de la falta de conformidad, parece que corresponde al consumidor-comprador. Así lo señala la SAP de Madrid 15 enero 2008.

3º) Desconocimiento por el comprador.

Con arreglo al artículo 116.3 del TRLDCU, "no habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato". Y en consecuencia, constituye un requisito de aquella responsabilidad el desconocimiento por el comprador del defecto o falta de conformidad.

El régimen de falta de conformidad y de responsabilidad por la misma no excluye, sino que supone, el deber de examen de las cosas con las que el vendedor pretenda cumplir para tratar de instar su conformidad o falta de conformidad, de manera que el vendedor sólo responde y el comprador sólo tiene acción si desconocía la falta de conformidad (95). Y ello tanto si ésta es aparente y notoria, como si resulta oculta, si se demuestra que el comprador la conocía.

En el primer caso, por ser fácilmente reconocible y manifiesta, un consumidor medianamente diligente debería haberlas conocido (pensemos en las compras de bienes rebajados con tara o en establecimientos outlet, deliberadamente abiertos para la venta de productos con defectos). Y en el segundo supuesto, aunque el vicio o defecto estuviera oculto, si se demuestra que el comprador lo conocía, y a pesar de todo compró aquietándose con el mismo, tampoco tiene sentido conferirle acción alguna por razón de aquéllos.

4º) Inimputabilidad a los materiales suministrados.

Tampoco responderá el vendedor en los casos en los que la falta de conformidad tenga su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario para la elaboración del producto. En realidad, este supuesto se aleja de la compraventa que aquí nos interesa, pues se refiere más bien a un contrato de obra realizada con materiales suministrados por el comitente-consumidor.

5º) Cumplimiento de plazos.

La puesta en práctica de los remedios especiales de la garantía exige la reclamación por parte del comprador dentro de los plazos previstos por la propia norma. En realidad, cabe distinguir entre tres tipos de plazos que podemos denominar:.

a) Plazo de garantía, dentro del cual se tiene que manifestar la falta de

conformidad. La ley establece la responsabilidad del vendedor por las faltas de conformidad "que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega". La manifestación exterior del defecto consiste en hacerse evidente, visible, relevante, reconocible, lo que debe tener lugar dentro del plazo de dos años, como presupuesto primordial de la puesta en marcha los remedios especiales que merece la falta de conformidad, si concurren (además) el resto de los requisitos.

No es, por lo tanto, un plazo de caducidad ni de prescripción, sino estrictamente un plazo de garantía: el vendedor responde de todas aquellas faltas de conformidad que aparezcan al exterior durante los dos años siguientes a la entrega del producto. Y por esa razón, en principio, el plazo transcurre inexorablemente y no es susceptible de suspensión ni de interrupción.

Sin embargo, nuestra legislación establece dos supuestos de interrupción de este plazo de garantía, en los supuestos de reparación o sustitución del bien objeto del contrato. Veamos:.

- El artículo 120.c) del TRLDCU señala que "la reparación suspende el cómputo de los plazos a que se refiere el artículo 123. El período de suspensión comenzará desde que el consumidor y usuario ponga el producto a disposición del vendedor y concluirá con la entrega al consumidor y usuario del producto ya reparado". Es decir, durante el tiempo empleado por el vendedor para reparar una falta de conformidad denunciada por el comprador, el plazo de garantía (y también el de prescripción, que se interrumpe) queda suspendido. Y por tanto, una vez concluida la reparación, dicho plazo se reanuda justamente allí donde se suspendió, por el tiempo que restase para completar los dos años. No así el de prescripción, cuya interrupción implica el reinicio del cómputo global una vez producida ésta.

- Y el artículo 120.e) establece que "la sustitución suspende los plazos a que se refiere el artículo 123 durante el ejercicio de la opción por el consumidor y usuario hasta la entrega del nuevo producto. Al producto sustituto le será de aplicación, en todo caso, el artículo 123.1, párrafo segundo". O sea, una vez ejercitada por el consumidor la opción de que se sustituya el objeto defectuoso, y hasta que se le entregue el producto sustituto, queda igualmente suspendido el plazo de garantía, que al término de dicha suspensión, se reanuda igualmente, con la particularidad de la presunción de preexistencia del defecto en el producto sustituto, si la manifestación del mismo se produce durante los seis meses siguientes.

Como se ha observado, no parece muy razonable establecer un plazo de garantía único y uniforme para toda clase de bienes de consumo, pues debería estar en dependencia o conexión con la naturaleza de cada uno de ellos. El plazo de dos años puede resultar excesivamente largo en el caso de bienes fácilmente depreciables o de corta obsolescencia (un bolígrafo o, incluso, un teléfono móvil), mientras que resulta demasiado corto en el caso de bienes de naturaleza duradera, como los electrodomésticos, vehículos, etc., en los que, precisamente por eso y como argumento de marketing, el fabricante o el vendedor, suele ofrecer una garantía comercial de mayor duración. Para mitigar, al menos en un supuesto, los efectos de esa general homogeneidad del plazo, el párrafo 2º de este artículo 123.1 del TRLDCU señala que "en los productos de segunda mano, el vendedor y el consumidor o usuario podrán pactar un plazo menor, que no podrá ser inferior a un año desde la entrega". quede claro, en todo caso, que si nada se pacta, la venta de bienes de segunda mano queda sometida igualmente al plazo de garantía general de los dos años. Sólo mediante pacto, que debe tener lugar como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, puede reducirse el plazo, hasta un mínimo de un año (96). Y ello siempre que dicho pacto no pueda calificarse como abusivo, según hemos explicado.

El cómputo del plazo de garantía comienza en el momento de la entrega efectiva del bien que, "salvo prueba en contrario, ...se entiende hecha en el día que figure en la factura o tique de compra, o en el albarán de entrega correspondiente si éste fuera posterior". Corresponde, por tanto, al comprador, la prueba de dicho momento de entrega, como uno de los elementos de

la falta de conformidad, mediante la conservación del documento de prueba de la compra y de la entrega del producto. Lo que sucede es que, para demostrar el requisito de la preexistencia de la falta de conformidad, al que ya nos hemos referido, el consumidor goza de dos importantes privilegios.

Por una parte, en los supuestos de reparación o sustitución del bien por una preexistente falta de conformidad, se contempla la obligación del vendedor de entregar al consumidor o usuario que ejercite su derecho a la reparación o sustitución, justificación documental de la entrega del producto, en la que conste la fecha de entrega y la falta de conformidad que origina el ejercicio del derecho.

De otro lado, se establece una importante presunción iuris tantum a favor del comprador: "Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad". En el fondo, tal presunción obedece al principio de distribución dinámica de la carga de la prueba (denominado entre nosotros "principio de facilidad probatoria"), pues obviamente le resulta mucho más fácil y accesible al empresario-vendedor acreditar que la falta de conformidad no era de carácter originario, que no al consumidor demostrar lo contrario, o sea, que ya existía antes de la venta. Quede claro que la presunción va referida al carácter originario o sucesivo de la falta de conformidad, pero no a la misma existencia de ésta, que sí debe ser acreditada en todo caso por el consumidor-comprador.

Esta presunción, sin embargo, deja de operar en dos supuestos: 1º) Cuando así lo exija la naturaleza del producto⁹⁷, pues obviamente hay bienes en los que puede razonablemente deducirse que la falta de conformidad manifestada durante los seis primeros meses no existía en el momento de la entrega, como sucede con los bienes perecederos, los de vida útil muy corta y los sometidos a rápido deterioro; más dudosamente, en el caso de los bienes consumibles (98). 2º) Cuando la índole de la falta de conformidad no permita presumir su preexistencia, como sucede cuando el defecto es obviamente debido a un uso, correcto o incorrecto, por parte del consumidor.

b) Plazo de denuncia. El artículo 123.5 del TRLDCU establece que "el consumidor y usuario deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella", es decir, se establece la obligación del comprador de comunicar al vendedor la existencia o puesta de manifiesto de la falta de conformidad, y además, debe hacerlo dentro del plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de la misma. No se establece la forma que ha de revestir tal comunicación, por lo que puede utilizarse cualquiera que permita su ulterior demostración. Además, la jurisprudencia es flexible en este punto (99).

Lo llamativo del precepto es que añade que "el incumplimiento de dicho plazo no supondrá la pérdida del derecho al saneamiento que corresponda, siendo responsable el consumidor y usuario, no obstante, de los daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación". Es decir, que la falta de comunicación por parte del comprador no tiene como efecto la pérdida de su derecho a la reparación o sustitución del bien, sino únicamente hacerle responsable de los daños y perjuicios que aquélla pueda irrogar al vendedor (subida de precios en caso de sustitución, o falta de piezas para efectuar la reparación, etc.). Lo que es tanto como hacer inoperante este deber de denuncia de la falta de conformidad, que, para eso, podría perfectamente haberse suprimido (100).

El plazo de dos meses comienza en el momento en que el comprador "tiene conocimiento" de la falta de conformidad, lo que no tiene por qué coincidir con la "puesta de manifiesto" del defecto, y por ello da lugar a una nueva fuente de incertidumbre, pues en muchos casos resultará muy difícil acreditar no ya el momento de la puesta de manifiesto, sino además cuándo llegó a conocimiento del comprador. Se aprecia, una vez más, la escasa calidad técnica de la norma.

c) Plazo de prescripción. Junto a los mencionados plazos, el artículo 123.4 del TRLDCU establece que el plazo de prescripción de la acción para exigir los remedios especiales de las ventas de consumo es de tres años, a contar desde la entrega del producto. Resulta llamativo que el cómputo de dicho plazo comience a la vez que el plazo de garantía, y no en el momento de la puesta de manifiesto del defecto. Lo lógico, a nuestro juicio, es que si se establece un plazo de garantía dentro del cual debe ponerse de manifiesto la falta de conformidad, el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de saneamiento comience en el momento en el que el comprador "pudiera ejercitarla", y no que dicho plazo de prescripción esté transcurriendo (desde la entrega del objeto) durante ese tiempo en el que el defecto ni siquiera se ha manifestado. En el precepto mencionado, sin embargo, ambos plazos corren paralelamente desde que se entrega el bien. De manera que si la falta de conformidad se manifiesta al exterior transcurridos un año y 364 días desde la entrega del bien, al consumidor ya sólo le queda un año de plazo de prescripción de su acción (101). Se trata de una opción legislativa sin precedentes (102).

D) Remedios del comprador.

1º) Compatibilidad con los remedios generales.

Por una vez, el legislador es, al menos, consciente de que la introducción de un nuevo modelo de saneamiento por vicios ocultos, en el caso de las ventas de consumo, precisa ser debidamente articulado con el sistema general de las acciones edilicias del Código Civil. Por ello, el artículo 117 del TRLDCU proclama la incompatibilidad entre el ejercicio de las acciones a las que aquí nos referimos, y las derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa. Eso sí, añade que "en todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad". Es comprensible que en las Directivas se haga referencia genérica a "la legislación civil y mercantil", pues remite a las normas, de diferente naturaleza, que configuran dicha legislación en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los estados miembros. Sin embargo, no lo es tanto cuando el legislador interno transpone dicha norma comunitaria: pareciera como si, consciente de que existe una (etérea e imprecisa) "legislación civil y mercantil", ignorase que en nuestro Derecho la misma aparece debidamente codificada y que contempla unas reglas muy precisas por las que (en este caso) se disciplina la responsabilidad por daños y perjuicios, tanto en el orden contractual como en el extracontractual. Es lo que en otros lugares he denominado la "legislación sin perjuicio": ni se deroga ni se deja de derogar; se añaden normas por aluvión, eso sí, "sin perjuicio" de las ya existentes, aunque en realidad sea con todo el "perjuicio" imaginable.

(Qué significa esa "incompatibilidad? A mi modo de ver, sólo una cosa: que si se ejercitan las acciones propias de la venta de bienes de consumo, no pueden ejercitarse, también o además, ya sea cumulativa o sucesivamente, las acciones edilicias redhibitoria o estimatoria. Y viceversa: si se opta por los remedios edilicios, no cabrá ya acudir a las soluciones que ofrece la garantía en la venta de bienes de consumo.

Dicho con otras palabras: el comprador-consumidor goza de todos y cada uno de los remedios que el ordenamiento jurídico pone a disposición de todo acreedor o comprador frustrado (103): los generales (ejecución forzosa, cumplimiento por equivalente), los sinalagmáticos, los derivados de los vicios del consentimiento (cuando la falta de conformidad entrañe un error o tuviera relación con un supuesto de dolo in contrahendo), y los indemnizatorios de daños y perjuicios. La única (e importantísima, cierto es) peculiaridad de la venta de bienes de consumo es que pone a disposición del comprador de un modelo de saneamiento alternativo al que tradicionalmente le dispensaba el CC. En este sentido se han pronunciado las SSAP Tenerife 5 julio 2006 y Pontevedra 15 febrero 2007.

2º) Enumeración y jerarquía de remedios.

Junto al supuesto de hecho que genera la responsabilidad del vendedor (la

falta de conformidad frente a la noción de vicio oculto), la principal innovación del saneamiento especial de la venta de bienes de consumo viene dada por los remedios que, frente a las viejas acciones edilicias, se ofrecen al comprador -consumidor: el consumidor tiene derecho a "la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato".

En efecto, el consumidor que pretende satisfacer una determinada necesidad o apetencia a través de la adquisición por compra de un bien, si éste no se acomoda a lo prometido, verá frustrado su interés incluso aunque se resuelva el contrato y le devuelvan el precio pagado. No desea tal devolución ni que le rebajen el precio: su interés es adquirir un bien que se ajuste a lo prometido. Si tenemos en cuenta que la venta de bienes de consumo tiene por objeto, prácticamente siempre, bienes de naturaleza homogénea (a consecuencia de los procesos de producción en masa que se encuentran en la base de la propia noción de consumo masivo), lo razonable es ofrecerle la posibilidad de obtener la reparación de la falta de conformidad o, en su caso, la sustitución por otro bien, idéntico en cuanto a su producción, pero libre de dicha falta de conformidad. Y sólo en el supuesto de que tales remedios no se acomoden a los intereses del consumidor o no resulten posibles, se puede acudir en todo caso a las figuras de la reducción del precio o de la resolución del contrato.

Los cuatro mencionados remedios se encuentran en relación de jerarquía, de manera que se pueden clasificar del siguiente modo:

- a) Remedios primarios: reparación y sustitución del bien.
- b) Remedios subsidiarios: reducción del precio y resolución del contrato, que sólo proceden, a elección del consumidor, "cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario".

Mientras quepa, sin inconvenientes graves para el consumidor, la implementación de los remedios que suponen la conservación del contrato (reparación y sustitución), no puede acudirse a su destrucción mediante la solución resolutoria (104).

3º) El ius electionis del comprador entre reparación o sustitución

En relación con los denominados remedios primarios, se confiere una facultad de opción al comprador, que oscila entre la subsanación o corrección o rectificación de la falta de conformidad, de manera que quede suprimido el defecto de la cosa ("reparación"), y la "sustitución" de la cosa entregada que era defectuosa, por otra, dando por supuesto que las cosas son genéricas, se puedan entregar sin defecto y sean conformes con el contrato. Tales remedios se incardinan, rigurosamente, dentro de lo que venimos denominando "pretensión de cumplimiento" del contrato (105).

La opción, como decimos, corresponde al comprador-consumidor, quien debe hacérselo saber mediante la oportuna comunicación (que no es otra cosa que el ejercicio extrajudicial de su derecho) al vendedor, quien desde ese momento queda vinculado por la elección de aquél. Sin embargo, tal prerrogativa del comprador necesariamente ha de venir equilibrada mediante algunas limitaciones, que hacen que no sea efectiva en dos supuestos:

- a) La imposibilidad objetiva de llevar a efecto aquella modalidad elegida por el comprador.
- b) La excesiva onerosidad de la opción elegida por el comprador, que la norma califica como "desproporcionada", de manera que el coste de la misma sea superior al beneficio que otorga al comprador.

Si el vendedor se opone, fundadamente, a la realización de una de las dos modalidades de cumplimiento, siempre le cabe al comprador exigir la implementación de la otra. Y si ambas resultan imposibles o desproporcionadas, subsisten los remedios subsidiarios de reducción de precio o resolución del contrato. De hecho, es frecuente el tránsito desde una de las modalidades de cumplimiento a la otra, cuando la solicitada en primera instancia resulta fracasada.

4º) Las reglas de la reparación y sustitución.

El TRILDCU, particularmente su artículo 120, establece las reglas generales a las que deben someterse los remedios de reparación y sustitución del objeto en caso de que tal sea la opción del comprador. Son las siguientes:

- a) Gratuidad para el comprador.
- b) Plazo razonable. La razonabilidad del plazo, atendida la naturaleza del bien, los intereses concretos de ambas partes, y el principio de buena fe, queda sometida al criterio del juzgador.
- c) Ausencia de inconvenientes para el consumidor.
- d) Ya hemos estudiado cómo opera el efecto suspensivo de los plazos de garantía, durante las operaciones de reparación o sustitución del bien.
- e) La reparación cuenta, a su vez, con su propia garantía, durante los seis meses posteriores a la entrega del producto reparado. Naturalmente, si aparece una nueva falta de conformidad, distinta de la que motivó la reparación, sólo estará cubierta por la garantía originaria, si se cumplen los requisitos de preexistencia, desconocimiento y plazos. Sin embargo, si lo que sucede es una reaparición del defecto cuya reparación ya se intentó (lo cual, además, se presume), se abre nuevamente la opción de solicitar reparación o sustitución del objeto durante ese plazo de seis meses.
- f) Ya hemos explicado cómo existen "pasarelas" entre reparación y sustitución, cuando el remedio elegido en primera instancia no satisface adecuadamente el interés del comprador. El fracaso de un primer intento de reparación faculta al consumidor (sin esperar a ulteriores intentos) para acudir directamente a la sustitución, salvo que resulte desproporcionada, o incluso directamente la reducción de precio o la resolución, como veremos (106). Y la aparición de faltas de conformidad en el bien sustituto, cuando la primera opción fue la sustitución, permite solicitar luego la reparación de aquéllas.
- g) Queda excluida la sustitución del objeto en el caso de productos no fungibles, por razones obvias, pues se trata de un supuesto de imposibilidad objetiva de llevar a cabo tal sustitución. Y lo mismo sucede con los productos de segunda mano. Su propia naturaleza impide encontrar un bien idéntico que pueda satisfacer las condiciones de una sustitución. Otra cosa es que el propio comprador acepte, como solución de la falta de conformidad, la entrega de otro bien de segunda mano de similares características, uso y antigüedad que el que tenía el objeto defectuoso.

5º) Los remedios subsidiarios: reducción del precio y resolución.

Como decíamos, la reparación del producto o su sustitución por otro constituyen las modalidades de cumplimiento que mejor pueden satisfacer los intereses del comprador, frente a la falta de conformidad cubierta por la "garantía legal". Por eso se denominan remedios primarios. Pero no siempre tiene que ser así. Y por ello, las normas europea y española ofrecen la posibilidad de acudir, con carácter subsidiario, a la reducción del precio o a la resolución del contrato.

La subsidiariedad del remedio resolutorio es fácilmente comprensible, pues en realidad no satisface a nadie: ni al vendedor, profesional de la venta, no olvidemos, para quien la frustración retroactiva de todo el contrato no es más que la pérdida de una operación de comercio; ni al comprador que, en definitiva, recupera el precio pero deja insatisfecho el interés que perseguía con la compra. Sin embargo, no lo es tanto en el caso de la reducción del precio: (por qué impedirle al comprador la posibilidad de reducir el precio desde el primer momento? Parece que ello se debe a la protección de los intereses de los vendedores y fabricantes, para quienes resulta mucho más atractiva la reparación o sustitución del objeto, que una continua reconsideración de las operaciones de venta ya realizadas y la consiguiente pérdida de ingresos (107). En todo caso, y con independencia de su fundamento, resulta clara la opción del legislador de establecer tanto la reducción del precio como la resolución como remedios subsidiarios, a los que sólo cabe acudir después de haber intentado el ejercicio de alguno de los remedios primarios (108).

Los supuestos en los que el comprador puede acudir, a su libre elección, a la rebaja del precio o la resolución del contrato, son los siguientes:

1°) Cuando el comprador no pudiera exigir la reparación o la sustitución. Es decir, basta con que no quepa uno de tales remedios primarios, para que directamente (sin acudir necesariamente al otro) el comprador pueda optar por alguna de las soluciones subsidiarias. Esa situación se produce, como ya sabemos, cuando alguno de los remedios primarios resulta imposible o desproporcionado.

2°) Cuando la reparación o sustitución no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable, con las dificultades ya apuntadas para establecer el significado de esa "razonabilidad".

3°) Cuando dichos remedios primarios no se hubieran llevado a cabo "sin mayores inconvenientes para el consumidor".

4°) Cuando intentado uno de los remedios primarios, éste hubiere resultado infructuoso. Si, por ejemplo, se instó la reparación y ésta no logró subsanar la falta de conformidad, el comprador no está obligado a que se repita o se vuelva a intentar más de una vez esta opción, y puede exigir directamente la resolución del contrato (109).

5°) Cuando, siendo proporcionado y posible alguno de los remedios primarios, el vendedor sencillamente se niega reparar o sustituir el objeto.

6°) Cuando se hubiera establecido un término esencial para la entrega del objeto, y la reparación o sustitución tardías ya no pueden satisfacer el interés del comprador (110).

En cualquiera de estos supuestos, como decíamos, el comprador puede elegir a su voluntad entre la reducción del precio o la resolución, si bien ésta última queda legalmente excluida cuando la falta de conformidad sea "de escasa importancia", lo que debe valorarse desde criterios objetivos o de mercado. Fundamentalmente, habrá que poner en conexión la entidad económica del defecto y el precio del bien. El mal funcionamiento de un elevador eléctrico en un vehículo de alta gama, por ejemplo, no puede en ningún caso dar lugar a la resolución del contrato (por esta vía, se entiende), por frustrante que, desde el punto de vista subjetivo, ese defecto pueda resultar para el comprador.

En cuanto a la reducción del precio, tampoco constituye una novedad, pues responde a la vieja *actio quanti minoris*. En la venta de bienes de consumo, "la rebaja del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el producto hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega". Con ello se intenta restablecer el equilibrio contractual roto por causa del defecto o falta de conformidad. El remedio no alcanza a la indemnización de los daños y perjuicios que ésta hubiera causado al consumidor.

E) La responsabilidad del productor.

Ya al margen del estricto ámbito del contrato de compraventa, el TRLDU no ha querido dejar al fabricante o productor exento de responsabilidad por las faltas de conformidad de los productos vendidos. Ya es responsable, como es sabido, de los daños causados por los productos defectuosos. Pero en este contexto, también resulta responsable de las faltas de conformidad, por una doble vía:.

1°) Por una parte, a través de la acción directa del comprador frente al productor: "Cuando al consumidor y usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los productos con el contrato podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del producto". Tal opción legislativa (que ofrecía la DIR 99/44) facilita las cosas al consumidor, sin duda, y resuelve los problemas que pueden derivar del cierre o insolvencia del establecimiento del vendedor. Y además, si el productor es responsable de los daños causados por productos defectuosos, parece razonable que también lo sea de las faltas de conformidad de los mismos. Máxime cuando el defecto sea originario o derivado del proceso de fabricación o producción. Sin embargo, la doctrina unánimemente critica la forma en que se ha regulado en este precepto legal, que se califica de confuso, repleto de conceptos jurídicos indeterminados, y limitativo de los derechos del propio comprador (111). Y ello porque esta responsabilidad directa del productor viene sometida a las siguientes precisiones:.

- Para ejercitar la acción directa, es necesario que se den simultáneamente dos requisitos: que resulte imposible o suponga una carga excesiva dirigir la acción frente al vendedor; y que la falta de conformidad sea imputable al productor, por venir referida al origen, identidad o idoneidad del producto, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan. Nos parece razonable este segundo requisito, pues si el defecto tiene su causa en cualquiera de los ulteriores tramos del proceso de distribución, no resultaría equitativo imputar la reparación o la sustitución del bien (otra cosa es la responsabilidad por daños causados por un producto puesto en circulación) a quien no puede controlar tales aspectos. Sin embargo, cuando de defectos de origen se trata, resulta mucho más justo imputar su reparación o sustitución al productor que al vendedor (112).

- Mediante la acción directa, el consumidor puede ejercitar su opción entre los remedios primarios pero, sin embargo, frente al productor no puede ejercitar ni la resolución del contrato ni la acción de reducción del precio, lo que resulta perfectamente lógico, dado el principio de eficacia relativa de los contratos. No se puede resolver con el productor un contrato que se celebró con el vendedor, ni se puede obligar al productor a devolver una parte de precio que nunca recibió del comprador.

2º) De otro lado, también se establece la responsabilidad del productor por las faltas de conformidad mediante la acción de repetición de la que dispone "quien haya respondido frente al consumidor y usuario" frente al responsable de la falta de conformidad, que tiene un plazo de prescripción de un año "a partir del momento en que se completó el saneamiento".

15.- Servicios postventa.

El artículo 127 del TRLDCU regula el régimen de reparación y servicios postventa para los productos de naturaleza duradera, y establece que "el consumidor y usuario tendrá derecho a un adecuado servicio técnico y a la existencia de repuestos durante el plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha en que el producto deje de fabricarse". Son dos los derechos que incumben al comprador-consumidor en relación con este tipo de bienes:

- Derecho a un adecuado servicio técnico, que pueda efectuar la reparación del bien en caso de avería o desperfecto, o sencillamente realizar su adecuado mantenimiento.

- Derecho a la existencia de repuestos, durante el período de vida útil del bien, que hagan posible la reposición de piezas o componentes en caso de avería. La pieza debe de ser servida al consumidor o al taller de reparación en un "tiempo razonable" (113).

Aunque no lo diga el precepto expresamente, la obligación de garantizar la existencia de piezas de repuesto, al menos durante cinco años desde que termine de fabricarse el modelo, sólo puede incumbir al productor o fabricante del bien o, en último caso, al importador del mismo.

No están muy claras las acciones que incumben al comprador en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de estos servicios postventa. Señala al respecto MARÍN que "hay que distinguir en función de quién sea el garante: (i) Si es el vendedor el que se ha hecho cargo del servicio de asistencia técnica, y estamos fuera de la garantía legal, parece claro que existe una conexión funcional o causal entre la compraventa y la obligación de prestar adecuadamente un servicio postventa. Por eso, cuando el incumplimiento de la asistencia técnica suponga una frustración del contrato (por ejemplo, porque no se encuentra la pieza de repuesto necesaria para arreglar la avería del vehículo), el consumidor podrá resolver el contrato de compraventa (artículo 1124 del CC); en cambio, si es posible conseguir la satisfacción del consumidor por otras vías (por ejemplo, sustituir la pieza por un recambio no original, pero igualmente funcional), no procederá la resolución, pero sí la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento (artículo 1101 del CC). (ii) La solución no parece tan clara cuando el garante del servicio postventa es el productor. En principio no puede considerarse que exista incumplimiento del contrato de compraventa cuando el garante no presta el servicio postventa, pues el vendedor es ajeno a

esa obligación. Ahora bien, se ha defendido que las expectativas del consumidor quedan defraudadas cuando resulta imposible usar el bien por no existir un adecuado servicio postventa; y que el vendedor no es ajeno a esa circunstancia, pues es él quien escoge a sus proveedores y quien, en última instancia, debe soportar el riesgo del incumplimiento del productor. Conforme a esta tesis, cabe concluir que existe incumplimiento del contrato de compraventa, y que el consumidor podrá ejercitar las acciones que derivan de ese incumplimiento" (114).

Aunque, de manera general para los bienes de consumo, nuestro sistema económico está regido por el principio de libertad de precios, a fin de evitar abusos hacia el consumidor y sobreprecios encubiertos en el coste de la mano de obra, el artículo 127.2 del TRLDCU dispone que, "queda prohibido incrementar los precios de los repuestos al aplicarlos en las reparaciones y cargar por mano de obra, traslado o visita cantidades superiores a los costes medios estimados en cada sector, debiendo diferenciarse en la factura los distintos conceptos. La lista de precios de los repuestos deberá estar a disposición del público."

Se establece un plazo de prescripción de tres años, para el ejercicio por parte del consumidor de la acción de recuperación de los bienes entregados al empresario, para los casos en los que la reparación no se haya llevado a cabo y el bien se encuentre en su poder. En el caso contrario, cuando el bien haya sido reparado y el consumidor no haya procedido a su retirada, si se ha pactado con el consumidor, puede cobrarse un precio o cantidad por cada día que se retrase en pagar y retirarlo.

Notas al pie:.

1) Estas páginas contienen un extracto de uno de los capítulos de mi reciente obra *La Compraventa, La Ley*, Madrid, 2014; y 2ª ed. Univ.Javeriana-Ibáñez, Bogotá, 2015.

2) Vid. GALÁN CORONA, E., "Introducción" en AAVV, *Reforma del Derecho Privado y Protección del Consumidor*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 1994, págs. 10 y 11.

3) Para el concepto de consumidor, puede verse BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Comentario al artículo 1", en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. Bercovitz, R.-Salas, J., Cívitas, Madrid, 1992, págs. 17 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a los artículos 1 y ss." en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coord. R. Bercovitz, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 77 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, C., "Introducción y noción jurídica de consumidor", en *Jornadas sobre problemática jurídica de consumo*, Valladolid, 1992, págs. 11 y ss.; BOTANA GARCÍA, G., "Noción del consumidor", en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, coord. Botana García-Ruiz Muñoz, McGraw Hill- Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1999, págs. 27 y ss.

4) DÍEZ-PICAZO, "(Una nueva doctrina general del contrato?)", A.D.C. 1993, pág. 1708, donde añade que "consumidor" no supone una condición personal, pues no hay inconveniente en considerar consumidores a los empresarios cuando contratan bienes o servicios que no se destinan al proceso económico cuya titularidad detentan.

5) BERCOVITZ, R., Comentario al artículo 3, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, dir. R. Bercovitz, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 87.

6) DÍAZ ALABART, S., "Pacta sunt servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los contratos", en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, coord. NIETO CAROL, U., Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 49 y ss.

7) DÍEZ-PICAZO, loc.ult.cit.

8) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., "Las nuevas coordenadas del Derecho de la contratación", A.C., 1994, pág. 245.

9) Sobre el tema, además de la bibliografía que venimos citando, puede verse BERCOVITZ, R. Y OTROS, *La reforma del Derecho de la contratación en España*. Ponencias del Congreso de Zaragoza, 1993; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., "Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de

obligaciones", A.D.C., 1994, págs. 31 y ss.; GÓMEZ GÁLLIGO, "Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España", R.C.D.I., 1998, págs. 1533 y ss.

10) Aún resuenan las palabras que el presidente John F. Kennedy dirigía en su Mensaje al Congreso de los EE.UU. el 15 de marzo de 1962, para recalcar aquello de que consumidores somos todos: "Los consumidores... representan el grupo económico más importante y se hallan interesados en casi todas las decisiones económicas, públicas y privadas. Sus gastos representan las dos terceras partes de los gastos económicos totales. Sin embargo, constituye el único grupo que no está organizado realmente y cuya opinión casi nunca es tenida en cuenta".

11) Vid. TORRES GARCÍA, T.F., "Protección del consumidor y Derecho de la contratación", en Libro homenaje a I.Sánchez Mera, Madrid, 2002, págs. 881 y ss.

12) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., op. cit., pág. 249.

13) ALPA, en su "Introducción" a AAVV, Le clause vessatorie nei contratti con i consumatori, dir. ALPA-PATTI, Milano, 1997, págs. XXXIV y XXXVII.

14) En el mismo sentido, LUMINOSO, op. cit., pág. 112.

15) STS 21 julio 1993.

16) El referido y desafortunado precepto legal reza: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". Parece que con la expresión "norma" el legislador (aquí, en su función de "refundidor") quiere referirse al propio Texto Refundido, que es eso, un texto o disposición legal, un Real Decreto Legislativo, que contiene un sinfín de normas, y no una "norma". Y por lo demás, eso de "actuar" constituye una vaguedad mayúscula, por mucho que se haga "en un ámbito", que tampoco sabemos muy bien lo que es. Mucho más precisa era la norma (ahora sí) aquí refundida, que es el artículo 1.2 de la vieja LGDCU, cuando se refería a personas físicas o jurídicas "que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones..."

En términos similares, el artículo 3.a) del Código de Consumo italiano, de 6 septiembre 2005, establece que el consumidor es "la persona física que actúa con objetivos ajenos a la actividad empresarial, comercial, artesanal o profesional que desarrolla".

17) Así, la SAP de Murcia 15 enero 2009, excluye la aplicación del régimen de las ventas de consumo, en relación con la falta de conformidad de una máquina trituradora de áridos objeto de una compraventa entre dos mercantiles; se rechaza la condición de consumidora, a una directora de producción televisiva que compra un ordenador que no se conectaba correctamente a internet a través de conexión inalámbrica, según la SAP Valencia 9 julio 2008; la SAP Cáceres 2 febrero 2009 rechaza la condición de consumidora y, por tanto, la aplicación de los remedios por falta de conformidad, a la odontóloga que adquiere, para la consulta que regenta, un sillón de odontología; y la SAP Zamora 31 julio 2009, no se admite la condición de consumidor al comprador de una camioneta Nissan para transporte de jamones y venta ambulante.

18) Artículo 2 de la DIR 85/577/CEE, sobre protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales: "Consumidor: toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional". Similares definiciones pueden encontrarse en la DIR 85/347/CEE sobre daños causados por productos defectuosos; el artículo 1.2.a) de la DIR 87/102/CEE, sobre crédito al consumo; artículo 2 de la DIR 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; artículo 2 de la DIR 97/7/CE, sobre protección de los consumidores en los contratos a distancia; artículo 1.2 de la DIR 99/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías en las ventas de los bienes de consumo; artículo 2.e) de la DIR 2000/31/CE, sobre servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, etc.

19) En contra de dicho criterio, sin embargo, se pronunció la SAP Madrid (Secc. 10&) 16 abril 2004.

20) BUSTO-ALVAREZ-PENÑA, Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 66.

21) BOTANA GARCÍA, Comentario a los artículos 2 y 7, en Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después, coord. Llamas Pombo, INC-La Ley, 2005.

22) A estos efectos, mercado equivale a "procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros". Vid. MIRANDA SERRANO, L., Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, Madrid, 2001, p. 93.

23) Vid. ALFARO AGUILA-REAL, J., Las condiciones generales..., cit., pág. 161.

24) ACEDO PENCO, A., Nociones de Derecho de Consumo, Cáceres, 2003, págs. 68-69.

25) BOTANA, loc. cit.

26) Así define estos actos mixtos el Tribunal de Justicia de la UE, en STJUE 22 noviembre 2001, C-541/99 y C-542/99.

27) GARCÍA RUBIO, "La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo", Diario La Ley, 2003; DÍAZ ALABART, "El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo" en El arbitraje de consumo, Valencia, 2004, pág. 65; ACEDO PENCO, A., op. cit. pág. 69; BOTANA, loc. ult. cit.

28) STJUE 20 enero 2005 (C-464/01).

29) MEZZASOMA, "La protección del consumidor y del usuario en el ordenamiento italiano (la noción de consumidor y usuario)", RPDD, Septiembre 2013, pág. 9. Vid. la copiosa bibliografía italiana allí citada.

30) STJUE 3 julio 1997, C-269/95.

31) Parecidas consideraciones ofrece la STS 12 diciembre 1991.

32) FAZIO, "La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui", Eur.dir.priv., 2007, págs. 179 y ss.

33) MEZZASOMA, loc. ult. cit.

34) " If the subject matter of a contract of sale is used privately as well as in the course of a business (dual use), the categorization of the contract in commercial or consumer sale depends on the intention of the parties, which is to be established via interpretation of the contract. Thus, the decisive elements are generally how the buyer presents himself to the seller and how this appearance can be interpreted from the point of view of an objective seller, taking into account the seller's private and professional situation". Sin embargo, por razón de los productos, Austria ha seguido un criterio más restrictivo y se ha considerado que los productos adquiridos por un granjero lo son como profesional, Oberster Gerichtshof (AT) 14. Jul. 2005 6 Ob 135/05d .

35) SAP Teruel 31 octubre 2002.

36) SAP Córdoba 16 febrero 2002.

37) BERCOVITZ, R., "Comentario al artículo 3", en Comentario del texto refundido..., cit., pág. 95.

38) Idem.

39) Todas las Directivas que hemos citado anteriormente incluyen explícitamente la exigencia de ser "persona física" para tener la condición de consumidor.

Como excepción, para la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, sobre Viajes Combinados, las Vacaciones Combinadas y los Circuitos Combinados, sí resultarían susceptibles de protección las personas jurídicas, al acoger un concepto de consumidor más amplio, definido como "la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado ("el contratante principal)", la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado ("los demás beneficiarios") o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado ("cesionario)". Se prescinde de la finalidad o propósito que le anima a contratar, dando cabida a que personas jurídicas consideradas consumidores a los efectos de dicha Directiva.

A propósito de la DIR 93/13, la STJUE 22 noviembre 2001, C-330/01, declara que "el concepto de consumidor, tal como se halla definido en el artículo 2.b) de la DIR 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas".

40) En la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª., de 28 de marzo de 1992, se excluyó, no obstante, a una persona jurídica de la aplicación de la LGDCU, no por tener la consideración de tal, sino por estar dedicada a "actividades profesionales".

41) Vid. ALFARO AGUILA-REAL, J., Ob. cit. p. 159.

42) La STS 13 noviembre 1993 reconoce la condición de consumidor a una sociedad anónima.

43) Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, del año 2007.

44) GARCÍA VICENTE, "Comentario a los artículos 59 a 79" en Comentarios del Texto Refundido..., cit., págs. 762-763.

45) REYES LÓPEZ, Manual de Derecho Privado de Consumo, La Ley, Madrid, 2009, pág. 161.

46) Vid. GÓMEZ CALLE, Los deberes precontractuales de información, Madrid, 1994, págs. 12 y ss.; DE LA MAZA GAZMURI, Los límites del deber precontractual de información, Cívitas, Pamplona, 2010, págs. 45 y ss.

47) Recordemos el texto de CICERÓN en que nos relata lo siguiente: "(Cómo punir a los reticentes, qué se debe pensar de aquellos que se valen de discursos venales? El caballero romano CAYO CANIO, hombre perspicaz y muy culto, habiendo llegado a Siracusa, para descansar, como normalmente lo hacía, y no para comerciar, declaraba querer comprar unos jardines, donde poder invitar a los amigos y estar en paz sin perturbadores. Siendo difundida dicha noticia, un banquero de nombre PITIO, le hizo saber que él no tenía jardines para vender, pero que ponía a disposición de CANIO, si le complacía, sus jardines, en los que fue invitado a cenar para el día siguiente. Una vez que se dio la confirmación de la aceptación a la invitación, PITIO, que como banquero tenía buena amistad con cualquier tipo de personas, llamó a los pescadores, y les pidió pescar delante a sus jardines el día siguiente, y les dijo qué quería que hicieran. CANIO llegó a tiempo para la cena, y se encontró con un suntuoso banquete preparado por PITIO; delante de sus ojos se paraban una multitud de barcas; cada uno llevaba a los pies de PITIO aquello que había agarrado, de modo que delante de los pies de PITIO se encontraban numerosos peces. Entonces CANIO dijo: "PITIO, (qué significa todo esto? (Tantos peces, tantas barcas?". Y aquél respondió: "(De qué te maravillas? En este lugar de Siracusa existen todos los peces que quieras, aquí existe una fuente de agua, por el que no pueden faltar] en esta villa". Lleno de interés CANIO suplicó a PITIO de venderle la villa; PITIO se muestra con un poco de dudas; CANIO le suplica nuevamente y afirma estar dispuesto a pagar cualquier precio. Al final CANIO, hombre un tanto crédulo pero rico, compró por cuanto PITIO quería que fuese comprada la casa, también los anexos; redacta los documentos y perfecciona el negocio. El día después CANIO invita a sus familiares y él mismo llega (a la villa) a buena hora. No ve ninguna embarcación, pregunta a su vecino si por casualidad había alguna fiesta de pescadores, ya que no había visto a ninguno. "No que yo sepa", responde; "pero aquí no suele pescar ninguno, ayer me maravillé de lo que sucedió". CANIO se encuentra consternado; (pero qué podía hacer? Si todavía no había publicado las fórmulas sobre el dolo malo mi compañero y amigo AQUILIO, en las que cuando le preguntaban qué era dolo malo respondía: dar a entender una cosa y hacer otra. Admirable respuesta y digna de un sabio en definir. De donde se infiere que PITIO y todos aquellos que se valen de estos artificios y engaños son pérfidos, malos y perjudiciales, y no pueden hacer cosa alguna útil acompañándola tantos vicios" (De officis, 3.14.58).

48) GARCÍA RUBIO-OTERO CRESPO, "La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo", Indret, 2/2010, pág. 28.

49) Idem, pág. 30.

50) Al mismo nos referimos infra en el capítulo correspondiente a la compraventa de vivienda.

51) LLOBET I AGUADO, El deber de información en la formación de los contratos, Madrid, 1996, pág. 33; ZURILLA CARIÑANA, "El derecho de información del consumidor en los contratos con consumidores y usuarios en el nuevo Texto Refundido de la Ley para la defensa de consumidores y usuarios", en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/comentarios/8.pdf>.

52) REYES LÓPEZ, op. cit., pág. 161.

53) MACÍAS CASTILLO, "Comentario al artículo 13", en Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después, coord. Llamas Pombo, INC-La Ley, 2005.pág. 378.

54) La STS 19 diciembre 1994 declara responsables solidarios a los vendedores y empresa pirotécnica por vender un explosivo de distinto tipo al solicitado, sin advertir nada en cuanto a su utilización ni se expresara tampoco en su envase por lo que se creó un grave riesgo para el usuario, que conllevó la pérdida de tres dedos de una mano. La STS 29 mayo 1.993 estableció la responsabilidad del fabricante al no especificar en el etiquetado de una botella disolvente de benceno, que "no era apto para el uso doméstico", pese a que sí se hacía mención al carácter altamente tóxico e

inflamable del producto.

55) GARCÍA VICENTE, op. cit., págs. 768 y ss.

56) En contra, REYES LÓPEZ, op. cit., pág. 162.

57) Nos dice GARCÍA VICENTE que "en el Derecho de consumo se observa un relativo desinterés del legislador en la ordenación de las consecuencias de la infracción o incluso, cuando se hace, por hacerlo de un modo uniforme. Tal vez el problema derive de la naturaleza siempre instrumental de la información y del modo variable en que decide imponerse su satisfacción. Los deberes de información se vinculan a la forma del contrato (y también por tanto a las consecuencias de su infracción), al alcance legal de lo prometido (integración contractual de las declaraciones publicitarias), a la ordenación de los derechos específicos de resolución y, por último, también alimentan la discusión sobre la compatibilidad de los remedios generales con los especiales en caso de defectos de información, discusión que no tiene una solución legal uniforme y en la que se enfrentan razones puramente técnicas (el sentido de la especialidad) con el principio (de) mayor protección" (op. cit., págs. 822-823).

58) Vid. GARCÍA VICENTE, op. cit., pág. 784

59) STS 23 mayo 2003. Vid. MORALES MORENO, "Información publicitaria y protección del consumidor. (Reflexiones sobre el art. 8 de la LGDCU)", en Homenaje a Vallet de Goytisolo, VIII, Colegios Notariales de España, 1992, págs. 667 y ss.

60) Todo lo que tiene que ver con este defectuoso precepto legal resulta verdaderamente llamativo. Desde su rúbrica ("Contrato"), que carece de todo valor descriptivo, hasta su mismo contenido, unas veces totalmente superfluo, otras reiterativo de lo que ya prescriben otros artículos del Texto Refundido y, en general, carente de toda coherencia sistemática.

61) No le parece suficiente al legislador, al parecer, la teoría general de las obligaciones y contratos, en cuanto al valor del consentimiento como "motor" del contrato. Cuando el Código Civil nos dice que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, no parece dejar mucho margen a la posibilidad de que nadie pueda llegar a contratar si su voluntad de hacerlo es "equivoca". En otras palabras, la necesidad de que la voluntad de contratar conste de manera inequívoca no es una rareza de "la contratación con consumidores y usuarios", como parece apuntar el precepto, sino un secular leit motiv de todo nuestro Derecho de los contratos.

62) Vid. JIMÉNEZ MUÑOZ, "El derecho legal de desistimiento: presente y (posible) futuro", AC, 2011, t.I, págs. 757 y ss.

63) La gravedad de tal decisión legislativa contrasta con la relativa poca atención que ha merecido en la doctrina. Aparte de los comentarios a las distintas leyes en las que ha ido introduciéndose el denominado derecho de desistimiento, puede verse ALVAREZ MORENO, El desistimiento unilateral en los contratos de condiciones generales, Edersa, Madrid, 2000; ÁLVAREZ LATA, Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual de consumo español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores, Aranzadi, Pamplona, 2004.

64) GARCÍA VICENTE, op. cit., págs. 849-850.

65) Véanse los artículos 62, 85.3, 85.4, 87.6, 160, etc. del TRLDCU.

66) SAP Murcia 15 septiembre 2009: Puede desistir el consumidor en el plazo de 7 días previsto en el contrato por voluntad del empresario, no por una expresa previsión legal que así lo acuerde. No procede, por tanto, aplicar el plazo de 3 meses previsto legalmente únicamente en los casos en los que el empresario, teniendo la obligación legal, no haya llevado a cabo ni la información ni la entrega del documento contractual de desistimiento. Ejercitado dicho derecho fuera del plazo concedido por el empresario, no procede aplicar los efectos propios del desistimiento sino los previstos en el contrato para la resolución unilateral.

67) VICENTE DOMINGO, "Garantía de los productos de consumo y servicios postventa", en El nuevo Derecho de los consumidores y usuarios, coord. E. Llamas Pombo, La Ley, Madrid, en prensa.

68) La SAP de Zaragoza de 14 febrero 2008 distingue con claridad entre bien inseguro y bien no conforme. A propósito de un defecto en el embrague del coche vendido, señala que si bien tal defecto no incide en la seguridad y buen funcionamiento del vehículo, sí afecta al confort en su uso al resultar molesto, no siendo admisible tal defecto en un vehículo nuevo, y condena a la demandada a reparar dicho defecto, como remedio contractual adecuado a dicho defecto.

69) MORALES MORENO, La modernización del derecho de obligaciones, Thomson-Cívitas, 2006, pág. 162.

70) OOCALLAGHAN, "Nuevo concepto de la compraventa cuando el comprador es consumidor", en La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de presente y perspectivas de futuro, coord., Reyes López, Aranzadi, 2005, pág. 143.

71) VICENTE DOMINGO, loc. ult. cit.

72) DÍEZ-PICAZO, Fundamentos..., IV, cit., págs. 145-146.

73) MORALES MORENO, loc. últ. cit.

Puede verse también GARCÍA RUBIO, "La transposición de la Directiva 1999/44/CEE al Derecho español...", cit.

74) Así, quien vende un coche de segunda mano y en el contrato establece la mención de que "el estado es bueno", ello "permite considerar que su estado era correcto y adecuado y que reunía las debidas condiciones para la circulación, que es para lo que se adquiere, mención que entendemos llevó al comprador a la creencia de que el mismo había sido oportunamente revisado y comprado porque estas actuaciones se han de considerar necesarias y previas para poder establecer que el estado es bueno": SAP Barcelona 18 diciembre 2007.

75) Nos dice MARIN LÓPEZ: "En una primera aproximación, cabría entender que la norma establece una presunción sobre la existencia de conformidad: se presume que el bien es conforme, es decir, que no tiene defectos. Esta interpretación debe rechazarse. Se trata más bien de una presunción de acuerdo contractual con el contenido que se indica en la norma. Es decir, la presunción es sobre el contenido del contrato de compraventa, y no sobre la existencia de la falta de conformidad. Se presume que las partes han querido que el bien tenga determinadas características. Así entendida, se trata de una presunción que favorece al consumidor, pues no tendrá que demostrar que lo previsto en el artículo 116.1 ha sido pactado expresamente" (op. cit., págs. 1444-1445).

76) Vid. LUMINOSO, op. cit., pág. 331.

77) Tomamos seguidamente algunos de los que recoge Elena VICENTE DOMINGO en el trabajo que venimos citando.

78) Vid. FUENTESECA DEGENEFFE, "La calidad, las prestaciones habituales, las esperanzas fundadas del consumidor y las declaraciones públicas: el ar. 1.d) de la LGVBM" en Garantía en la Venta de Bienes de Consumo, coord. Diaz Alabart, Madrid, 2006.

79) MORALES, La modernización..., cit., pág. 176.

80) No se sabe bien quién es este "representante", que no aparece definido como sujeto de las relaciones de consumo en el propio TRLDCEU.

81) FENOY PICÓN, op. cit., pág. 264; FUENTESECA DELLENEFFE, op. cit., pág. 258; MARÍN LÓPEZ, op. cit., pág. 1418.

82) MORALES, op. cit., pág. 187.

83) La SAP de Navarra 6 febrero 2009 rechaza que el pacto limitativo al valor venal del vehículo en la garantía comercial fuera abusivo: "En esta tesitura el establecimiento de la condición de limitación del importe de reparación al valor venal del vehículo (condición que puede ser estipulada al amparo del Art. 11. de la ley, para supuestos de garantía comercial, en el que nos encontramos, al fijarse contractualmente su exigibilidad a una tercera empresa que no interviene en la venta, sin perjuicio de la exigibilidad de la garantía al vendedor), en modo alguno puede estimarse contrario los derechos del usuario, pues la reparación en todo caso, independiente de su coste no es una opción del usuario exigible en todo caso, pues puede ceder en supuestos de desproporción, que la propia ley contempla incluso en relación con el valor del bien sino hubiera falta de conformidad (Art. 5. 2). En consecuencia considerar como límite del importe de reparación el valor venal del vehículo, en este concreto ámbito de un contrato de garantía comercial, en modo alguno puede considerarse ni contrario a la ley ni abusivo por desproporción con las contraprestaciones contractuales de las partes, por lo que no puede atenderse la pretensión de la parte demandante-recurrente de que se tenga por no puesta esa limitación. A esa desproporción también se refiere el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en su Artículo 119 , por lo que no puede compartirse con el recurrente que se dé un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, que

justifique considerar abusiva y por ello nula la misma, si tenemos en cuenta el precio de compra del vehículo ".

84) Qorti ta' l-Appell, 01.02.2008, n. 968/1992/2, Arthur Valletta Vs Mario Cutajar bhala direttur ghan-nom u in rapprezentanza tas-socjeta Cutajar Limited. Relevant Provisions (European and National Law) Art. 6 Directive 99/44; Art. 84 of the Consumer Affairs Act (Cap. 378 of the Laws of Malta, The Court noted that there was no circumstance that indicated that consumer had irrevocably renounced to his rights under the commercial guarantee).

85) Vid. la extensa exposición del estado de la cuestión en LUMINOSO, op. cit., págs. 345 y ss.

86) Por todos, DE CRISTOFARO, Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo, Padova, 2000, págs. 53 y ss.

87) Por todos, FADDA, La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (Dal código civile al código di consumo), Nápoles, 2007, págs. 240 y ss.

88) FADDA, loc. ult. cit.

89) LUMINOSO, op. cit., pág. 357.

90) El artículo 2.1 b) de la DIR 99/44 define el producto como el bien mueble corporal, susceptible de ser transportado de un lugar a otro, cualquiera que sea su naturaleza y su valor económico que, en su caso, podrá condicionar el remedio aplicable a la falta de conformidad.

91) MARÍN LÓPEZ, M.J., Comentario a los artículos 114 a 124, en Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dir. R. Bercovitz, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 1429.

92) GARCÍA RUBIO, "La transposición...", cit., pags. 1531 y ss.

93) A diferencia de lo que sucede con la compraventa civil, donde la venta judicial está perfectamente sometida al saneamiento por vicios ocultos, salvo la indemnización de daños derivados de la mala fe del vendedor, conforme al artículo 1489 del CC, según ya hemos estudiado en el lugar oportuno.

94) En general, se trata de exclusiones unánimemente criticadas por la doctrina. Vid. MARÍN LÓPEZ, op. cit., págs. 1431 y ss.

95) DÍEZ-PICAZO, Fundamentos...IV, cit., pág. 148.

96) SAP Murcia 3 noviembre 2009.

97) SAP Cantabria 27 junio 2007, en relación con una caseta de jardín.

98) MARÍN LÓPEZ, Comentario..., cit., pág. 1546.

99) La SAP Ciudad Real 26 junio 2007 contempla una notificación mediante carta con acuse de recibo pero, obviamente, sin fehaciencia de su contenido: "Aunque lo deseable es que junto al acuse de recibo se hubiese acompañado la carta o que se hubiese remitido la carta pero sellando una copia de su contenido el funcionario de correos para proveerse el demandante de un medio de prueba sólido para demostrar el cumplimiento del citado presupuesto y entonces no habría problema lo que es incuestionable es que la entidad demandada, que es quién ha opuesto la excepción, ante tal indicio que permite presuponer el cumplimiento de tal presupuesto, en base al principio pro actione, tampoco se ha esforzado en demostrar que ello no sucedió para lo que hubiese bastado pedir la testifical del director de la entidad bancaria a la que fue remitida o del receptor de la carta, lo que no ha hecho, y permite presumir en base a lo razonado que se ha cumplido el requisito máxime cuando el sustento de tal requisito no significa que la entidad financiera pueda impedir el ejercicio de la acción sino solo que debe ser informada de ello, en base a los términos en que aparece redactada la precitada condición; razones, todas ellas, que llevan a rechazar el presente motivo".

100) La SAP Navarra 27 junio 2008 contempla el supuesto de un vehículo nuevo, del que en el mismo día de compra, después de haber recorrido 16 km., se desprendió una de las ruedas. El vendedor demandado alega el incumplimiento por parte del consumidor de su obligación de informar de la falta de conformidad, argumento no acogido por considerar que el requisito sí se cumplió "tal y como se desprende no solamente de las manifestaciones del testigo Sr. Luis Pablo, sino también del tenor de la prueba documental aportada, ya que en la carta remitida por el servicio de atención al cliente de Peugeot a quien era letrado de la parte demandante, se recogía literalmente "hemos analizado el asunto que nos exponía en su escrito junto con nuestro concesionario Automóviles Torregrosa y nos indica que el vehículo del Sr. Sebastián ha sido peritado por Auto Dryve Ayesa Peritos para la compañía aseguradora del Automóvil Axa Seguros: desprendimiento de rueda a los 16.000

KM: atestado policial: cumplimiento de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento del defecto".

101) Se refiere a ello la SAP Cádiz 14 enero 2008, "por tanto una cosa es la aparición del defecto, que tiene que producirse dentro del plazo de dos años, y otra la reclamación de ese defecto, que tiene el plazo de prescripción indicado, por lo cual acreditado a tenor de la testifical realizada y que resulta plenamente fiable, que los defectos iniciaron desde un principio, con múltiples reclamaciones verbales ante el vendedor quien no llegó a solucionar el problema, resulta claro que estamos en dentro del plazo de garantía que la citada ley establece".

102) VICENTE DOMINGO, loc. cit.

103) Vid. supra, capítulo 10.

104) SAP Sevilla 5 diciembre 2006.

105) DÍEZ-PICAZO, Fundamentos..., IV, cit., pág. 148.

106) La SAP Tarragona 17 mayo 2005 declara que "el comprador tras una primera reparación infructuosa no está obligado a soportar una nueva reparación de la misma avería".

107) MARÍN LÓPEZ, Comentario..., cit., pág. 1524.

108) SAP Cantabria 24 marzo 2009: La LGBC "establece que la rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor; la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia. Consiguientemente, la reparación y la sustitución del bien -como opciones de saneamiento- priman sobre la rebaja del precio y la resolución del contrato, hasta el extremo de que -tal y como señala expresamente el precepto- la resolución sólo procede cuando el consumidor no pueda exigir aquellas opciones; luego si la reparación o la sustitución son posibles en términos razonables, no cabe pretender la resolución de la venta, y tampoco cabe cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia; es decir-y expresado de otra manera- la resolución del contrato es una opción de saneamiento subsidiaria o en defecto de la reparación o sustitución del bien de consumo que constituya el objeto de la venta, procedente, además, sólo cuando la falta de conformidad ostente una entidad importante".

109) Es el caso que contempla la SAP Guipúzcoa 10 abril 2006, que entiende procedente la resolución del contrato de compraventa de una motocicleta que tuvo constantes averías, prácticamente desde su entrega, y cuya reparación no resultó satisfactoria.

110) Es el típico ejemplo del vestido de boda. Vid. MARÍN LÓPEZ, Comentario..., cit., pág. 1528.

111) Por todos, MARÍN LÓPEZ, Comentario..., cit., págs. 1564 y bibliografía allí citada.

112) La SAP Madrid 14 diciembre 2009 condena al productor, fabricante del televisor que presenta falta de conformidad, sin que se pueda discutir su legitimación pasiva: "la legitimación de la entidad hoy apelante es obvia, pues no se pone en duda que la misma es la fabricante del bien adquirido por el actor y que al mismo no le ha sido posible por una parte demandar al vendedor pues un cuando se ha intentado la empresa vendedora ha desaparecido y por otra parte el bien ha dejado de fabricarse por lo que la posible reparación o sustitución deviene imposible, por lo que sin perjuicio de que desde luego la parte apelante no ha sido parte en el contrato de compraventa, sin embargo es obvia la legitimación de la apelante como fabricante del bien, habiendo sido por tanto uno de los intervinientes en la cadena de producción y venta, como sujeto pasivo de la reclamación efectuada, máxime si como es el caso es imposible de facto dirigirse contra el vendedor, por ello el recurso debe ser desestimado.

113) La SAP de Madrid de 27 abril 2007 hace responsable del pago de la indemnización solicitada por el consumidor, por el retraso, no razonable, de tres meses y medio en la reparación de un vehículo, a la empresa suministradora de la pieza necesaria y no al taller de reparación.

114) MARÍN LÓPEZ, Comentario..., cit., pág. 1599, siguiendo a PARRA LUCÁN.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 20 DE NOVIEMBRE DE 2015

:
Editorial:

Cuestionamientos al nuevo régimen tuitivo del consumo: aspectos relativos al consumidor y al proveedor

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 20 DE OCTUBRE DE 2015

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CODIGO CIVIL Y COMERCIAL-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

1. Tras las recientes reformas normativas que han incidido en el régimen tutelar del consumo respecto del derecho sustancial o "de fondo", pueden formularse algunos cuestionamientos, a la luz de los principios constitucionales y generales respectivos. En este sentido, se ha dictado la Ley n° 26.994 -Anexo I, que aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCC), con incidencia en la materia, y Anexo II, que afecta a la Ley de Defensa del Consumidor (Ley n° 24.240 y mod., en adelante, LDC)- (1). Centraré el presente trabajo en ciertos aspectos relativos al consumidor y al proveedor.

2. A) El consumidor "expuesto". El art. 42, Cons. Nac. -ampliando el criterio del texto original del art. 1°, Ley n° 24.240, que restringía su alcance al ámbito contractual-, establece la protección y la defensa de consumidores y usuarios respecto a la 'relación de consumo'; a su turno, la ley tutelar en la materia -Ley n° 24.240 y mod., LDC-, en su art. 3°, define dicha relación como "el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario"; y, tanto la LDC, en su art. 1°, modificado por Ley n° 26.994, Anexo II, cit., como el CCC, en su art. 1092, prevén, ahora, dos categorías de "consumidor", el propiamente dicho y el equiparado, quedando eliminada del régimen consumerista, en consecuencia, la del consumidor "expuesto" -previsto anteriormente en el art. 1°, LDC, según texto de la Ley n° 26.361- (2). Que se trata de una eliminación -y no de un mero "olvido" del legislador-, lo evidencia el comentario que consta en los Fundamentos del Anteproyecto de CCC, en el que, a modo de justificación, se alegan razones de "depuración" del texto y su terminología "conforme a observaciones efectuadas por la doctrina" (3); y agrega -refiriéndose a la categoría aludida- que 'tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las "Prácticas abusivas" toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable' (4); sin embargo, esta sola referencia, no resulta suficiente. En efecto, tal como he señalado con anterioridad y en más de una oportunidad (5), el reenvío que hace el art. 1096, CCC, a su par 1092 del mismo cuerpo legal, refiriéndose, expresamente, a "consumidores o sujetos equiparados", resulta conflictivo en sí mismo, ya que plantea este dilema: a) si "las personas expuestas a las prácticas comerciales" del art. 1096, CCC, cit., se limitan a los consumidores propiamente dichos o equiparados del art. 1092, CCC, cit., entonces, la norma de reenvío no agrega nada a lo dispuesto en la norma remitida, ya que siguen manteniéndose las mismas categorías indicadas (tal como, en forma coincidente, lo hace el art. 1°, LDC, actual); b) si, por el contrario, el art. 1096, CCC, cit., mantiene -como parece querer explicar el comentario inserto en los "Fundamentos", antes citado- la tercera categoría de "consumidor -de cualquier manera- expuesto", aunque restringida al campo de las "prácticas abusivas", entonces, la remisión al art. 1092 es igualmente inoperante, ya que éste no menciona dicha categoría, la que resulta, en la letra de esta norma, implícitamente excluida del sistema. Pero, si hemos de hacer operativa la máxima de nuestra CSJN, en el sentido que "la inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador" reconociendo "como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto" (vid. "Organización Veraz S.A. c/ E.N. P.E.N. M* ° E. y O.S.P. s/ amparo ley 16.986; 06/03/2007; con remisión a Fallos: 312:1614); o si, en pos de la operatividad del derecho, tratamos de lograr "la determinación de las consecuencias que se derivan de las] normas" admitiendo -con criterio

realista- la existencia de sistemas (o subsistemas) normativos que presentan incoherencias en sus estructuras -las que, precisamente, constituyen material propicio para la tarea hermenéutica indicada (6)-, entonces, digo, será menester indagar el 'status' normativo de la expresión "personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no" que menta el art. 1096, CCC, cit.

En este contexto, en primer lugar, corresponde señalar que, contrariamente a lo afirmado en los "Fundamentos", cit., si bien es cierto que la fuente normativa del art. 1º, LDC, esto es, la Ley brasileña n° 8078 de Defensa del Consumidor -Código de Defensa del Consumidor-, en su art. 29, cit., brinda protección a "todas las personas determinables o no, expuestas a las prácticas comerciales]" -equiparándolas a los consumidores en sentido propio-, también es cierto que la tutela no se limita al ámbito de dichas prácticas, sino que se extiende al terreno contractual, ya que la propia norma recién mencionada, establece la equiparación indicada "para los fines de este Capítulo y del siguiente" referidos, respectivamente, a "las Prácticas Comerciales" (Capítulo V) y a "la Protección Contractual" (Capítulo VI)- que incluye disposiciones generales, las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión-; en consecuencia, como se ve, el espíritu tuitivo de la legislación brasileña, en este punto, puede considerarse más amplio que el de nuestra Ley, al menos, en los términos de la reciente reforma al art. 1º, LDC, cit., coincidente con el art. 1092, CCC, cit.

En segundo lugar, sin embargo, debe mencionarse que nuestro régimen consumatario prevé, de todos modos, con carácter general -como se recuerda 'supra'-, la figura del consumidor "equiparado", como una suerte de 'tertium genus', desde el punto de vista 'conceptual', comparado al par brasileño, ya que está referido a quien 'no es parte de una relación de consumo' (arts. 1º, segundo párrafo, LDC, y 1092, segundo párrafo, CCC, cit.) -no es consumidor en sentido propio, o primario o directo-, pero que tampoco es el consumidor "expuesto" del anterior art. 1º, LDC (ni el del art. 29, CDC de Brasil, dado el alcance amplio de esta norma); a este respecto, queda por ver cuál será la extensión que los operadores jurídicos -en particular, los jueces- darán a dicha figura en cuanto a la cobertura protectora que el consumidor merece. Sin perjuicio de lo expuesto, y a efectos de procurar la "conciliación" interpretativa indicada por la CSJN, correspondería determinar, entonces, cuál es el sentido útil de la remisión que el art. 1096, CCC, cit., realiza al art. 1092, CCC, cit., para perfilar la figura del sujeto "expuesto" al que extiende la cobertura legal en materia de prácticas abusivas, información y publicidad (7). Ello así, surge, sin esfuerzo, que el reenvío refiere a la 'relación de consumo', sea en forma directa (consumidor propiamente dicho, parte del vínculo, art. 1092, CCC, cit., primer párrafo), o indirecta (consumidor equiparado, ajeno al vínculo, norma cit., segundo párrafo); en tal sentido, queda claro que las "personas expuestas" del art. 1096, CCC, cit., no coinciden con aquel consumidor "de 'cualquier manera' expuesto" del anterior art. 1º, 'in fine', LDC, a cuyo respecto el vínculo consumeril parece lejano; refuerza esta idea la tácita alusión al "destinatario final" que la remisión al art. 1092, CCC, cit., implica; ello así, de momento que, respecto del consumidor -meramente- "expuesto" recién aludido, "el destino final se encuentra ausente"(8).

Probablemente, la clave para "redondear" la configuración de las "personas expuestas" que regula el régimen consumerista reformado, consista en la 'indeterminabilidad' de tales sujetos, en los términos del art. 1096, CCC, cit., propia del "público en general" -o, en sentido mercantil, la "clientela potencial"-, pasibles de prácticas abusivas, y destinatarios de la información y la publicidad aludidas en la normativa de referencia.

Finalmente -y no por eso lo menos importante-, hay una línea de razonamiento -y de argumentación- que merece ser explorada; cabe preguntarse qué ocurre con los derechos humanos que, en alguna de sus modalidades, han sido objeto de regulación legal, bajo el amparo de nuestra Ley suprema -a la luz, además, de documentos de orden internacional incorporados al 'bloque constitucional'- como ocurre, en nuestro caso, con los derechos de consumidores y usuarios consagrados: (la postestad del legislador de derogar normas anteriores por medio de nuevas leyes, es ilimitada a este respecto?; y, si no, (cuál es el

alcance de sus restricciones?; porque, en el caso que nos ocupa, la figura del "consumidor expuesto", bajo la órbita del art. 42, Cons. Nac., cit., contaba con sanción legal en el mencionado art. 1º, LDC, cit. y, a raíz de la reciente reforma, fue tácitamente eliminada del régimen consumerista, siendo que la ley 'en ningún caso', puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales (arg. arts. 3º, ex Cód.Civ., y 7º, CCC). Queda propuesto el interrogante.

En conclusión: la supresión normativa del denominado consumidor "de cualquier manera...expuesto a una relación de consumo" (ex art. 1º, 'in fine', LDC, según Ley n° 26,361, cit.), que parece encuadrar, antes bien en ciertos intereses empresarios -a juzgar por el ejemplo que trae la Comisión redactora a los "Fundamentos" a fin de justificar su criterio derogatorio (9)-, que en una concepción 'integradora y estructurante' del Derecho del consumo (10)-, no resulta, no obstante, coherentemente suplida por la nueva categoría de "personas expuestas a las prácticas comerciales" del art. 1096, CCC, cit., particularmente, en los términos de su referencia a la aludida fuente del denominado Código de Defensa del Consumidor brasileño. De todos modos, el alcance de la cobertura tuitiva que se asigne al régimen legal y constitucional del consumo dependerá, en todo caso, del "balanceo" hermenéutico que se realice de la normativa respectiva, en particular, del juego armónico atribuible a las tres categorías de "consumidor" que surgen de ella.

3. B.1) El concepto de "proveedor" en materia contractual.

La aludida Ley n° 26.994 -Anexo II, cit., no ha modificado el art. 2º, LDC, cuyo primer párrafo considera "proveedor" a "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 o usuarios"; sin embargo, el art. 1093, CCC, al definir el 'contrato de consumo', menciona como contraparte del "consumidor o usuario final", a la "persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente", y a "una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada", debiendo entenderse por tal, con criterio sistemático, al proveedor/prestador sujeto de la relación de consumo -que define el art. 1092, primer párrafo, CCC, cit.-, surgida de un contrato de dicha índole. Según se observa, pueden señalarse dos diferencias elementales entre estas dos normas igualmente vigentes: 1) en general, para la LDC, el proveedor debe desarrollar su actividad "de manera profesional", aunque pueda hacerlo "ocasionalmente"; en tanto que, en materia contractual, para el CCC, "proveedor" puede tratarse de una "persona física o jurídica" actuando, 'alternativamente', de modo profesional "o" de modo ocasional; 2) además, este nuevo cuerpo legal, "subjetiviza" lo que, en términos técnicos, no es sino una 'actividad organizada', esto es, la 'empresa' (11).

Con respecto al primer punto, la disyuntiva planteada (proveedor profesional u ocasional) ha sido señalada por la doctrina, en el sentido que, extendiéndose el concepto de "proveedor" -al menos a los fines contractuales- hasta alcanzar al simple particular que, ocasionalmente, trafica algún bien -o, incluso, presta algún servicio a otro-, se corre el riesgo de minar las bases que sustentan el Derecho del consumo, tergiversándolo en su espíritu tutelar (12); por mi parte, atento a la convivencia de ambas normas, y a fin de lograr la "conciliación" interpretativa requerida por la CSJN -indicada 'supra'-, he propuesto considerar a la fórmula empleada en el art. 1093, CCC, cit., como "condensada" con relación a la utilizada en el art. 2º, párrafo primero, LDC, cit. (13), de modo tal que, en último análisis, la norma contenida en la LDC, cit. -atento a su carácter 'básico' en toda relación de consumo- sería la que marca la pauta definitoria -con carácter operativo- del concepto legal de "proveedor" -incluso en materia contractual-; en estos términos, entonces, la disyuntiva (14) será entre la 'habitualidad' o la ocasionalidad de la actividad de provisión, llevada siempre a cabo por un 'profesional', en sentido lato; en la línea expuesta he dicho, en otra oportunidad, que "del juego armónico de los arts. 2º, LDC, y 1093, CCC, entiendo que en esta última norma la "profesionalidad" del proveedor está referida a la habitualidad como alternativa no excluyente en el ejercicio de

su actividad, ya que, como indica el art. 2º, LDC, cit., el profesional puede actuar aun ocasionalmente aunque, por lo general, haga un hábito de su intervención en el mercado" (15). A todo evento, ante la desentonante norma del art. 1093, CCC, cit. -aun cuando conocemos el lema según el cual "a swallow does not make a summer" (16)- restaría preguntarnos si no es posible concebir un concepto específicamente "contractual" (el del CCC, cit.) junto a un concepto básico, pero "genérico", de "proveedor" (el de la LDC, cit.) ; si esto fuera así, deberíamos formular dos nuevos interrogantes al respecto: 1) (cuál sería la "legitimidad" de este nuevo concepto dentro del marco del régimen protectorio de consumidores y usuarios?; 2) en todo caso, (cuál sería la "utilidad práctica" de tal concepto? En cuanto a lo primero, de lo que viene dicho hasta ahora, sinceramente, veo pocas chances técnico-jurídicas para que prospere una interpretación "específica" en virtud de la cual, sujetos no empresarios, devengan en proveedores/prestadores en los términos del régimen legal consumeril; en cuanto a lo segundo, tampoco advierto alguna conveniencia, desde lo pragmático, de involucrar a simples particulares en la red -formal- de provisión de bienes y servicios, con las consecuencias que ello implica (17).

Con respecto al segundo punto (empresa proveedora), he dicho con anterioridad que 'en rigor, la "empresa" no es sujeto de derecho, sino una organización ... por lo que no puede constituirse en parte de un contrato... (18). Ocorre que, si bien la empresa -al decir de FONTANARROSA (19)-, es un "ente" complejo, productor de bienes y servicios para el mercado con propósito de lucro, con todo, siendo un "ente" no es, necesariamente, un 'sujeto' (20), sino que consiste en una "organización" de elementos productivos -hombres, utensilios, naturaleza- (FONTANARROSA, loc. cit.); aunque, siendo éste un concepto eminentemente económico, nada impide que el derecho positivo lo configure jurídicamente, "sujetivizándolo", es decir, constituyéndolo en "sujeto" (21) (22); sin embargo, a este efecto, la normativa del caso debería "concretar" las notas definitorias de tal concepto, confiriéndole aptitud expresa para ser titular de relaciones jurídicas (23).

De todos modos, la concisa fórmula del art. 1093, CCC, cit. ("persona humana o jurídica...o... empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada"), resulta ampliamente comprensiva del concepto que define, frente al casuismo del art. 2º, párrafo 1º, LDC, cit. ("producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios") (24), sin perjuicio del efecto ejemplificador que surge del detalle de actividades que presenta la norma del CCC indicada, a los fines hermenéuticos (25).

4. B.2) Profesionales liberales titulados y matriculados.

El art. 2º, párrafo 2º, LDC, permanece inalterable tras la reforma civil y comercial, excluyendo de su normativa, en consecuencia, a "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", excepto en materia de publicidad; sobre esta cuestión, me he pronunciado con anterioridad (26); en síntesis, he afirmado que: 1) la LDC, art. 2º, excluye de su régimen, en principio, a los servicios de profesionales liberales ; 2) ante una denuncia de consumidores/usuarios, la autoridad de aplicación debe indicarles cuál es la autoridad de la matrícula respectiva, a los fines de su tramitación; 3) la publicidad referida a dichos servicios, está sujeta a la normativa consumataria; 4) el art. 42, Cons. Nac., ensanchó el plexo de derechos del consumo, respecto de la normativa de la ley n° 24.240 -LDC, texto original-; 5) la LDC constituye la reglamentación legal de dichos derechos constitucionales; 6) esa reglamentación legal debe ponderarse con el "principio constitucional de no alteración de derechos fundamentales por vía reglamentaria" del art. 28, Cons. Nac.; 7) el interrogante básico en esta cuestión propone dilucidar si la exclusión del art. 2º, LDC, implica la desprotección de los usuarios de servicios profesionales aludidos, apartándolos del régimen tutelar del consumo; 8) que los intereses de los usuarios sean "difusos", no les quita el carácter de individuales, aunque homogéneos, en correspondencia con derechos de incidencia colectiva (C.S.J.N., fallo "Halabi"); 9) las estructuras funcional y jurídicamente organizadas, se constituyen, `per seo, en proveedores de

servicios, sujetando su actividad profesional al régimen de la LDC, pues el usuario se acerca a ellas con una cierta predisposición de confianza, que se corresponde con la buena fe-creencia que deposita en la organización respectiva; 10) en principio, los servicios profesionales excluidos del régimen consumerista se limitarían a aquellos prestados unilateralmente, por fuera de estructuras operativamente organizadas que, acrecentando la buena fe-creencia del usuario, profundizan la supremacía profesional frente a él; 12) la publicidad puede afectar tanto la libertad de elección como los intereses económicos del usuario; 12) la publicidad que comprende solamente aspectos previos a la relación prestador-prestatario de los servicios, torna exigible al prestador la observancia de una buena fe de mera acción o conducta - correspondiente a la buena fe-creencia del consumidor, en todo aquello que "promete" al usuario; 13) en particular, se previene contra la denominada "publicidad inductiva" que, captando la atención del público, puede derivar en decisiones de consumo desacertadas; 14) el deslinde de responsabilidades en materia publicitaria, en sede administrativa, corresponde a la autoridad de aplicación de la LDC; 15) con relación a la prestación de los servicios profesionales en sí, la temática referida a ética y funcionamiento de la matrícula, compete a las entidades profesionales específicas; 16) pero, además, los servicios profesionales, individuales, unilaterales, etc., en su faz estrictamente jurídica, también quedan, en principio, excluidos del régimen de la LDC y, en caso de denuncia, el art. 2° de la misma, remite a dichas autoridades -en la medida en que resulten competentes- según reforma de 2008; 17) una interpretación funcional que conecte el agregado a dicha norma con la exclusión ya contenida en la misma, concede a la reforma carácter aclaratorio de esa exclusión, en sentido restringido, pues comprendería sólo el aspecto administrativo del reclamo (denuncia), inhibiendo a la autoridad de aplicación a intervenir conforme al procedimiento previsto en la LDC; más aún tratándose de actuaciones de oficio; 18) algunos argumentos adicionales a esta interpretación restrictiva de la exclusión: a) la LDC concibe con amplitud tanto el concepto de usuario (art. 1°) como el de proveedor (art. 2°), en consonancia con el art. 42, Cons. Nac.; b) estas circunstancias habilitan la vigencia del principio genérico "pro consummatore" y, en particular, del "favor debilis" -tendiente a enervar la marcada supremacía del prestador profesional frente al usuario - y, `prima facie, el "in dubio pro consummatore", de momento que, abierto a debate el alcance de la reforma al art. 2°, LDC, cit., se plantearía una cuestión atinente al propio régimen consumatario, por lo que, conforme al principio "in dubio" consagrado en el art. 3° de la misma ley, cabe resolver la situación a favor del usuario, esto es, considerando incluidos a los servicios profesionales liberales en su normativa -con excepción, claro está, de sus aspectos éticos y funcionales propios de la matrícula (materia restringidamente excluida)-; 19) dicha inclusión no afecta la dignidad y decoro del profesional universitario; ni los aspectos técnico-especializados de cada profesión inhiben la aplicación del régimen consumerista a los servicios respectivos; lo primero porque, sin perjuicio de que la actuación bajo forma societaria habilita a considerar el vínculo profesional-usuario como una relación de consumo, la dignidad y decoro de aquél depende de la lealtad y eficiencia con que preste su labor, actúe solo o asociado, o como integrante de una estructura organizacional determinada; tampoco las características técnicas específicas de la profesión impiden considerar las respectivas relaciones como de consumo, en términos de responsabilidad `in faciendoo (por aquello que el profesional hace al prestar sus servicios; esto es, en sentido técnico-profesional) cuanto `ex posto(por aquello que hizo; es decir, en sentido técnico-jurídico); 20) cuestiones relativas a la inversión de la carga de la prueba, en cabeza del profesional, como son la demostración de la improcedencia del reclamo del usuario, y de que sus decisiones y actuación profesional fueron las adecuadas (27), invocan el tratamiento de los servicios liberales bajo la óptica consumataria; 21) planteado el problema de la aplicación retroactiva (art. 3°, ex Cód. civ.) de la reforma de 2008, en el sentido de incluir en la normativa de la LDC a los servicios profesionales liberales en sí -además de su publicidad-, respecto de situaciones y relaciones jurídicas anteriores a su entrada en vigencia, se sostiene, en primer lugar, que dicha reforma tiene carácter interpretativo/aclaratorio de la norma excluyente de aquellos servicios - ambas disposiciones "forman un solo cuerpo normativo" -; y, además, resultando conflictivo dicho carácter, se replantea la posibilidad de aplicar el principio "in dubio pro consummatore" del art. 3°, LDC, atento a que se

estaría debatiendo el sentido y virtualidad de una norma -agregada- de la propia ley (art. 2°); si esto último es así, debe aceptarse el carácter invocado y considerar, con criterio "ex tunc", que dichos servicios profesionales, en sus aspectos "estrictamente jurídicos" (id est: responsabilidad civil del profesional respecto del usuario), siempre debieron estimarse incluidos en la normativa tuitiva, magüer la aparentemente terminante exclusión de la disposición consumerista aludida; 22) las normas de orden público son aplicables a los contratos en curso de ejecución (art. 3°, ex Cód. Civ.); 23) el art. 7°, CCC, prevé la aplicación, a las relaciones de consumo, de las nuevas leyes, incluso las de carácter supletorio; 24) la ley aclaratoria (reforma de 2008) fija la interpretación de la ley interpretada (art. 2°, LDC, sin el texto agregado por la reforma) e impone retroactivamente la significación de la norma; 25) las normas procesales son aplicables a la causas en curso, cualquiera sea el tiempo en que se han constituido las situaciones y relaciones subyacentes; 26) la exclusión del art. 2°, LDC, tiene carácter objetivo y de orden público, con prescindencia de la voluntad en contrario de las partes interesadas; 27) residualmente, queda la posibilidad de que el usuario de estos servicios accione por considerar vulnerado, a su respecto, el principio de igualdad del art. 16, Cons. Nac., en la medida en que, de la comparación entre las ventajas y desventajas que, a su respecto, surjan del régimen tuitivo del consumo y de la normativa que alternativamente se juzgue aplicable a la relación de servicios profesionales en particular, resulte una situación de desequilibrio perjudicial para el usuario (cliente, paciente) con referencia a otros vínculos de consumo, sujetos a la normativa tutelar; 28) los particulares condicionamientos del vínculo profesional-usuario, que acentúan la supremacía de aquél sobre éste - respecto de otros vínculos de servicios prestador-prestatario-, remarcando la correspondiente asimetría en la relación-, justifican la aspiración del usuario a obtener el trato legalmente igualitario que el texto constitucional impone. Suscribo lo dicho, porque creo que expresa con claridad que los servicios que presta el profesional matriculado encuadran, sin dificultad, en una relación de consumo situación excluida, sin embargo, del régimen consumeril -y ello, muy acotadamente- por la sola voluntad del legislador, manifestada en el mentado art. 2°, párrafo segundo, LDC, cit.; sin perjuicio de la normativa del CCC comentada 'infra', último párrafo.

A su turno, el art. 1093, CCC, cit., vale la pena reiterarlo, alude -sin mencionarlo- al "proveedor" contractual de bienes y servicios refiriéndose, tanto a una "persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente", como a "una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada". Ahora bien, la primera acepción -en tanto persona que actúa profesionalmente- autorizaría a considerar al "profesional universitario matriculado...que] presta un servicio", como proveedor dentro del régimen consumeril (LOWENROSEN, F.; op. cit.); por mi parte, atento a la norma -parcialmente- excluyente del art. 2°, párrafo segundo, LDC, cit., creo que es la segunda acepción del art. 1093, CCC, cit. -"proveedor" en tanto "empresa...prestadora de servicios"- la que coadyuvaría -dentro de los parámetros recordados 'supra'-, a incluir al profesional universitario matriculado en dicha categoría consumataria(28).

De todos modos, como guía indicadora del criterio seguido por el nuevo régimen civil y comercial -y sin perjuicio de tratarse puntualmente esta temática en otra oportunidad- conviene puntualizar algunas pautas normativas respecto de la 'responsabilidad' de las actuaciones del profesional liberal; así, el art. 1768, CCC, respecto de la actividad de estos profesionales, remite a "las reglas de las obligaciones de hacer" sentando, como principio general, el de la responsabilidad 'subjética' (29), "excepto que se haya comprometido un resultado concreto" -en cuyo caso es objetiva (art. 1723, CCC); con referencia a esta modalidad obligacional, el art. 773, CCC, prevé, como objeto alternativo de la obligación de hacer, a "la prestación de un servicio"; a su turno el art. 774, CCC, distingue entre prestaciones de servicios consistentes en: a) realizar cierta 'actividad'; b) procurar un 'resultado' concreto, prescindiendo de su eficacia, c) procurar un resultado 'eficaz'; del juego armónico de ambas normas se infiere que su responsabilidad será subjética, salvo que el profesional liberal haya prometido un resultado en particular; para el caso que la prestación se lleve a cabo "con cosas", la responsabilidad será 'objetiva' (30) solamente en caso que esas cosas "causen

un daño derivado de su vicio" (art. 1768, CCC, cit.); asimismo, "la actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas" (arts. 1768, cit. y 1757, CCC). La aplicación del art. 774, CCC, cit. -al que remite el art. 1768, CCC, cit.- resultará problemática en su aplicación a las labores propias del profesional liberal, con relación a la consecución de un resultado "concreto" y otro "concreto y eficaz" porque, si bien el nuevo régimen legal admite la posibilidad de que el profesional tome a su cargo obligaciones que implican la obtención de un resultado concreto (tema debatido en doctrina y jurisprudencia como "obligaciones de resultado"), que lo haga pudiéndose desentender de la eficacia de dicho resultado (art. 774, b., CCC, cit.), parece cuestionable en el marco de las relaciones jurídicas de buena fe, particularmente en materia de las 'situaciones de consumo', aun en los casos en que, acotadamente -como se expuso 'supra'- se excluya a estos profesionales del régimen consumatario.

Notas al pie.

1) Puede consultarse: CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Comentarios al proyecto de unificación del Código Civil y el Código de Comercio de la Nación P.E.N. 2012, en materia de Derechos del Consumidor"; www.infojus.gov.ar; 10/07/2012. Asimismo, "El régimen de defensa del consumidor a partir de la vigencia de la ley aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación"; www.infojus.gov.ar; 28/04/2015.

2) CONDOMÍ, A.M.; "Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -primeras aproximaciones-"; www.infojus.gov.ar; 20/10/2011.

3) A este respecto, se ha dicho, con acierto, que "resulta objetable que se señale que las depuraciones realizadas al concepto de consumidor por parte del nuevo código, son consecuencia de observaciones efectuadas por la doctrina, sin aclarar cuál es la doctrina en la que se apoya, asumiéndose una postura doctrinaria unívoca, situación que se aleja de la realidad toda vez que hay una cuantiosa doctrina que avala la figura hoy derogada"; PERAL, SANTIAGO JOSÉ; "La exclusión de la figura del consumidor expuesto en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación"; www.pensamientocivil.com.ar. Por mi parte, agregaría que resulta curioso, al menos, que la Comisión redactora tomara en cuenta "observaciones efectuadas por la doctrina", según expone en los Fundamentos, cit., pero, en cambio, hiciera caso omiso a los propios pronunciamientos de la CSJN (id. est: "Mosca c/Provincia de Buenos Aires"), dada la coincidencia de dos de sus integrantes en ambos casos (Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco); este dato me inhibe de compartir las expectativas manifestadas por el autor mencionado en cuanto a "que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su carácter de intérprete de nuestra Carta Magna, ratifique en futuros pronunciamientos el principio interpretativo sentado en torno a la relación de consumo en el caso "Mosca", lo que permitiría a la valiosa figura del "consumidor expuesto" subsistir en nuestro derecho como sujeto alcanzado por la protección que brinda el microsistema del consumidor"; al menos con la actual integración de nuestra CSJN.

4) Código de Defensa del Consumidor de Brasil: "CAPÍTULO V - De las Prácticas Comerciales. SECCIÓN I - De las Disposiciones Generales. Art. 29. Para los fines de este Capítulo y del siguiente, se equiparan a consumidores todas las personas determinables o no, expuestas a las prácticas aquí previstas".

5) CONDOMÍ, A.M.; vid 'supra', nota 1.

6) ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO; "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales"; Editorial Astrea, 1993. Dicen estos autores que "en tanto en cuanto sistema de normas, el derecho debe adecuarse a ciertas pautas de racionalidad; la coherencia interna de las normas jurídicas, así como su compatibilidad mutua, son ejemplos de tales exigencias básicas. La eliminación de las contradicciones en las normas jurídicas es, por lo tanto, uno de los objetivos más importantes de la ciencia del derecho" (loc. cit.).

7) CONDOMÍ, A.M.; "CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: Incidencia de la regulación general de la formación del consentimiento contractual, en materia de consumo"; www.infojus.gov.ar; 1/09/2015.

8) XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán), cit. por ARIAS CÁU, ESTEBAN JAVIER, en "La recepción del consumidor en el Código Civil unificado: sus consecuencias"; www.acaderc.org.ar. Este autor ofrece, en el trabajo referido, un conciso estudio diacrónico del concepto aludido.

9) Me refiero, claro está, a las empresas aseguradoras.

10) CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Séptima parte. (Modelización del Derecho del consumo)"; www.infojus.gov.ar; 03/09/2014.

11) Estas normas han sido objeto de mis reflexiones con anterioridad en los trabajos indicados en el presente, nota 1, 'supra'.

12) LOWENROSEN, FLAVIO ; "Algunas cuestiones contradictorias y otras modificadas, aparentemente, de modo "insuficiente" en el Código Civil y Comercial: (Son proveedores los profesionales liberales y los vendedores ocasionales?; y algo más..."; elDial.com. DC1FBA. 04/09/2015.

13) "Comentarios al proyecto de unificación...", cit. Téngase presente que, en los términos del art. 1093, CCC, cit. -conforme a la observación de LOWENROSEN, loc. cit.- quedaría por ver qué ocurre con el "vendedor ocasional ...de bienes usados (de su propiedad) ".

14) Aun considerando, en términos lógicos, que la fórmula del art. 1093, CCC, cit., "profesional u ocasionalmente", constituyera una disyunción 'incluyente' (ECHAVE, DELIA TERESA; URQUIJO, MARÍA EUGENIA; GUIBOURG, RICARDO A.; "Lógica, proposición y norma"; Editorial Astrea, 1988), según la cual, puede darse una cosa -provisión profesional-, la otra -provisión ocasional-, o ambas simultáneamente -provisión profesional 'y' ocasional al mismo tiempo, no quedaría salvada, por sí misma, la situación conflictiva planteada, ya que dicha norma admite que un proveedor profesional actúe, a la vez, ocasionalmente; nótese que, esta última situación, encuadra perfectamente en la fórmula del art. 2º, párrafo primero, LDC, cit., de momento que define al proveedor cuando interviene en la relación de consumo en carácter profesional, 'aunque' lo haga ocasionalmente.

15) "El régimen de defensa del consumidor...", cit.

16) "Una golondrina no hace verano".

17) A este respecto, véanse algunos de los inconvenientes - e inútiles, debo decir- efectos que tal hermenéutica implicaría para quien, careciendo de carácter empresario, ocasionalmente aportara algún bien o servicio a otro, sin que, en rigor técnico, ingrese por ello al flujo "formal" de circulación de productos en LOWENROSEN, F.; "Algunas cuestiones contradictorias...", cit. No obstante, este autor advierte que "lógicamente, la posición más favorable para el consumidor sería considerar proveedores a los vendedores ocasionales (no profesionales) de bienes o servicios ocasionales".

18) "El régimen de defensa del consumidor...", cit., nota 11.

19) FONTANARROSA, RODOLFO O.; "Derecho Comercial Argentino (Parte General), Vícto P. De Zavalía, 1975).

20) Téngase presente que "ente" es "aquello que es" y tanto los sujetos como los objetos, "son".

21) Conforme a la teoría crítica del derecho (ENTEELMAN, CARCOVA, ALICIA RUIZ), el tercer nivel del discurso jurídico -el de los "súbditos" o "destinatarios"-, funciona en el "como si", atribuyendo al ente -ontológica y, por lo tanto, ficcionalmente- la categoría de "sujeto de derecho", la que, en rigor, el propio ordenamiento lo constituye normativamente (CONDOMÍ, A.M.;

"Jurística -Ingreso a la epistemología jurídica-", inédito).

22) Nótese que, de las diferencias indicadas en su momento entre "sociedad" y "empresa", en los "Cuadernos de Derecho Societario -Tomo 1-" de ENRIQUE ZALDÍVAR -y otros- (Ediciones Macchi S.A., 1973), prácticamente subsiste sólo la referida a que la sociedad es un sujeto de derecho, en tanto que la empresa carece de personalidad.

23) Como ha ocurrido, p. ej., con el consorcio de propietarios, en materia de propiedad horizontal (art. 2044, CCC). Según entiendo, la inclusión de la "empresa" proveedora como sujeto contractual en el art. 1093, CCC, cit., parece estar influida por la índole de "acto objetivo de comercio" con que la catalogaba el ex Cód. Com., según la doctrina, en cuya virtud, "un acto aislado de organización de empresa es éra] acto objetivo de comercio", siendo el titular de la organización -el empresario, individual o colectivo- el verdadero "sujeto" de las operaciones que, profesionalmente -en sentido objetivo-, se llevan a cabo, incluso, de modo ocasional -es decir, no estable ni continuado- (FONTANARROSA, op. cit.).

24) Se sostiene, p. ej., que "se ha mejorado, a nuestro juicio, la técnica legislativa permitiendo ampliar la noción de proveedor], para evitar conflictos"; ARIAS CÁU, E. J., op. cit.

25) Queda claro, así, que la enumeración de actividades del art. 2º, párrafo 1º, LDC, cit., es meramente eunciativa y no taxativa, de modo que cabe incluir 'por analogía', otros quehaceres, directos o indirectos, que realicen o coadyuven a realizar actos de provisión propios de la red de abastecimiento de bienes y servicios.

26) CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos en el derecho del consumo. (El usuario de servicios de profesionales liberales). Sexta parte"; www.infojus.gov.ar; 22/05/2014.

27) (Qué ocurrirá, me pregunto, respecto del criterio del art. 1768, CCC, que establece, en principio, la responsabilidad 'subjetiva' del profesional liberal? Ver el texto, 'infra'.

28) Se ha dicho que un supuesto en que "no resultaría de aplicación esta salvedad [exclusión del régimen consumeril]...es cuando se ejerce la actividad profesional]en forma de empresa ", señalándose que "la jurisprudencia ha entendido que el hecho de actuar un profesional liberal en el marco de un contrato con un consumidor, no es suficiente para invocar la inaplicabilidad de la normativa especial " (Wajntraub, Javier; " La integración normativa del estatuto del consumidor ", en: Rev. Derecho Privado, Año III, N° 8, Junio/2014 , www.infojus.gov.ar).

29) La responsabilidad subjetiva se basa sobre la culpa o el dolo (art. 1724, CCC).

30) Tratándose de responsabilidad objetiva, "la culpa del agente es irrelevante " a los efectos de su atribución (art. 1722 CCC).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar
Fecha: 20 DE OCTUBRE DE 2015
:
Editorial: Infojus

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, LEY 26.361, LEY 26.994 Art.773, LEY 26.994 Art.774, LEY 26.994 Art.1092, LEY 26.994 Art.1093, LEY 26.994 Art.1096, LEY 26.994 Art.1768
Ref. Jurisprudenciales: CSJN, Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986, 24/02/2009

Código Civil y Comercial: Incidencia en materia de interpretación e integración de los contratos de consumo

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 1 DE OCTUBRE DE 2015

TEMA

CONTRATOS DE CONSUMO-RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INTERPRETACION DEL CONTRATO-CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

TEXTO

1. Con anterioridad -y con referencia al nuevo régimen legal civil y comercial- me he ocupado de ciertas cuestiones relativas a la hermenéutica normativa (1) las que, en general, pueden ser trasladadas a la temática de la interpretación -y de la integración- de los contratos. En efecto, tanto las normas legales -en sentido genérico- cuanto las cláusulas contractuales (2), consisten en textos enunciados en lenguaje natural -con incidencia de cierto lenguaje técnico- (3), como parte de un sistema de signos lingüísticos (4) sujeto a 'reglas de formación' -las que se distinguen en 'semánticas', referidas al 'significado' de los signos, y 'sintácticas', referidas al 'orden y nexos' (secuencia) entre ellos (5)-, en función 'prescriptiva' -que corresponde al uso 'pragmático' del lenguaje jurídico (6)-, en cuya virtud, aquellas normas implican la imposición 'heterónoma' de conductas al destinatario de las mismas, en tanto estas cláusulas reflejan la (auto) imposición de comportamientos debidos, por vía 'autónoma' (7).

2. A este respecto y a los fines de 'interpretar' el contrato, es decir, de comprenderlo "en sus palabras y en su sentido" (8), parece prudente, en primer lugar, atenerse al tenor literal del mismo, esto es, a la "literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad", según indica el art. 1062, CCC; sin embargo, según surge de la norma aludida, deben hacerse dos salvedades importantes: 1) la interpretación literal "restrictiva" del contrato en general, sólo opera en los casos específicos allí determinados; 2) tratándose de contratos por adhesión y de consumo, 'no se aplica dicho artículo', por lo que el intérprete no ha de sujetarse estrictamente a los términos del acuerdo, en la medida en que los mismos impliquen una inteligencia inadecuada de la relación de consumo establecida (9). En consecuencia, a fin de establecer el "significado de las palabras" empleadas en la redacción del contrato de consumo (art. 1063, CCC), debería extenderse el criterio para establecer adecuadamente "el sentido que les da el uso general", en particular, 'desde la óptica de los consumidores y usuarios', con especial atención a "las circunstancias en que se celebró (el contrato)", a fin de establecer en qué medida la voluntad 'manifestada' en el acuerdo y las conductas correspondientes, responden a su cabal comprensión e intención, en los términos de "la naturaleza y finalidad" del mismo (art. 1065, CCC).

3. Ciertamente que el 'principio de buena fe' establecido en el art. 1061, CCC, debe presidir toda tarea hermenéutica en la materia, incluso, más allá de las palabras empleadas en la redacción del contrato, siendo que esta norma manda indagar "la intención común de las partes". Sin embargo, los particulares condicionamientos que afectan a la formación del consentimiento contractual en materia consumerista (10), previenen sobre la posibilidad de que esa "intención común", resulte plenamente "intencional" desde la posición disminuida del consumidor y, en consecuencia, plenamente "común" a ambas partes; ello así de momento que: 1) respecto de la 'intención' del consumidor -uno de los elementos que condicionan la existencia de un acto 'voluntario', consistente en "el designio o propósito del agente (en nuestro caso, el consumidor o usuario) de realizar en especial el acto que de hecho realizó" (11)-, como se sabe, su eficacia se ve empañada, en general, por la posición predominante de proveedores y prestadores a su respecto, de modo de condicionar la eventual relación de consumo, "inclinando la balanza" hacia su ámbito de intereses; 2) por ende, siendo que, en muchos casos, la situación de consumo deviene en una especie de "tómelo o déjelo" para el

consumidor/usuario, cuando se trata del supuesto de "adhesión a cláusulas generales predispuestas" (art. 984 y ss., CCC) y, en general, aun fuera de esa modalidad (art. 1117, CCC), las relaciones respectivas están sujetas a modos estandarizados de contratación que, no necesariamente, posibilitan esa "intención común de las partes" del vínculo consumeril -o, al menos, 'no plenamente'-. A su turno, el art. 1067, CCC, refuerza el criterio de interpretación contractual de buena fe, favoreciendo la protección "de la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente" y haciendo aplicable, a continuación, la doctrina -legal, en este caso- de los actos propios, la que, 'prima facie', incumbe tanto a proveedores como a consumidores en sus respectivas relaciones; sin embargo, téngase presente que, atento a la desigual posición que aquéllos ocupan con respecto a éstos, en cuya consecuencia se observa un particular énfasis defensivo en el régimen consumerista -principio 'pro consummatore'-, el criterio que ha de imperar es el de sancionar la 'mala fe' de ambas partes (particularmente del lado del proveedor), aplicando con mesura la doctrina de los actos propios respecto del consumidor y asegurándose, el operador de turno, de que tales actos hayan sido todo lo "propios" - es decir, plenamente atribuibles a él- que la economía general del consumo exige en la aplicación de esa normativa.

4. El mencionado principio 'pro consummatore' se particulariza, en el art. 1095, CCC, en dos sub-especies: 1) el 'favor debilis', y 2) el 'in dubio pro debitoris' (12). En efecto, la primera de dichas disposiciones establece que "el contrato de consumo] se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor"; según la segunda, "cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación [la del consumidor], se adopta la que sea menos gravosa"; como se ve, en tanto en este supuesto, deben mediar 'dudas' ('in dubio...'), en aquél, 'siempre' debe interpretarse en favor del consumidor -atento a su posición 'debilitada' en la relación contractual con su proveedor ('...debilis')-; en consecuencia, el criterio general hermenéutico sobre el alcance de una o más cláusulas del contrato de consumo, deberá inclinarse, 'en todos los supuestos', en favor del consumidor/usuario; y, existiendo dudas respecto de la extensión de las obligaciones a su cargo, deberá decidirse por el temperamento que le resulte menos gravoso, incluyendo, llegado el caso, el de su liberación. En rigor, estas normas, haciendo aplicación del principio genérico del 'pro consummatore', se ubican en la misma línea hermenéutica del art. 1094, CCC, referido a la "interpretación y prelación normativa" (13), ya que, como se dijo, 'supra', se da, sin esfuerzo, un cierto "arrastre" de las cuestiones relativas a la interpretación de las normas generales a la interpretación de las cláusulas contractuales, atento al carácter de normas particulares/individuales y "secundarias" de éstas (14), con las particularidades del caso, claro está.

5. Asimismo, el principio del art. 1064, CCC, que dispone que "las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndose el sentido apropiado al conjunto del acto", es aplicable en materia consumeril, y, con mayor razón aún, el del art. 1074, CCC, referido a la interpretación cuando se trata de 'contratos conexos', ya que, como se indicó en un trabajo anterior (15) " las relaciones de consumo pueden presentar una estructura 'compleja', en la que los vínculos entre el consumidor/usuario y uno o más integrantes de la red de provisión -aparentemente inconexos- se entrelazan, sirviendo, en definitiva, a un solo y único fin de consumo".

6. Ahora bien, como recordé en trabajos anteriores (16), el nuevo régimen legal civil y comercial, hace expresas referencias a que "la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos" (art. 1097, CCC), "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta...las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos" (art. 2º, CCC), "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" (art. 1º, CCC); en estos términos, entonces, resulta ineludible atender a ciertos principios que emanan de la normativa internacional invocada en el CCC.

7. A ese respecto y, en la medida en que los derechos de consumidores y usuarios participan del carácter de 'derechos humanos' (17) -sujetos, en consecuencia, al régimen respectivo-, creo oportuno destacar un principio que

surge de esa normativa, conforme a varias de sus disposiciones -aplicable en materia hermenéutica-, principio que llamaré "de autopreservación del régimen de Derechos Humanos" (R.DD.HH.). A tal fin, y para facilitar la exposición - sin perjuicio del ulterior desarrollo que el tema merece-, propongo distinguir entre 'normas de autoreferencia al Derecho Internacional', 'normas de referencia al Derecho Interno', y normas 'sobre límites y restricciones permitidos por el R.DD.HH.'; limitándome, en esta oportunidad, a los documentos internacionales incorporados a nuestro bloque constitucional (art. 75, inc. 22, Cons. Nac.).

8. Normas de autoreferencia al Derecho Internacional. Cito: DUDH, art. 30; CADH, art. 29, a), b) y d); PIDESC, art. 5; PIDCP, art. 5°; CETFDM, art. 23, b); CTTPCID, arts. 1, 2., y 16, 2.; CDN, art. 41, b); CIDFP, art. 15 (18). Estas normas, según se desprende de sus respectivos textos, tienden a cautelar adecuadamente, la interpretación y aplicación del R.DD.HH., descalificando todo criterio hermenéutico que implique suprimir o destruir, o limitar o restringir inapropiadamente los derechos y libertades reconocidos; o evitar la aplicación de otras normas internacionales con similares o mayores efectos o idoneidad.

9. Normas de referencia al Derecho Interno. En sentido similar, refieren al Derecho Interno de los Estados: CETFDM, art. 23, a); CTTPCID, arts. 1, 2., y 16, 2.; CDN, art. 41, a).

10. Límites y restricciones permitidos por el R.DD.HH. Menciono: DUDH, art. 29, 2.; PIDESC, art. 5, 2.; PIDCP, art. 5°, 2; ello en virtud de razones de interés general (DUDH, cit.) sin que pueda pretextarse el presunto desconocimiento o reconocimiento disminuido de los derechos y libertades respectivos, por parte de la normativa internacional (PIDESC, PIDCP, cit.).

11. A modo de 'norma de clausura', el art. 29, c), CADH, preserva "los derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno"; en este último sentido, Cons. Nac., art. 33 -referido, en particular, a los derechos no enumerados individuales - de 1ª generación-; y, con mayor claridad aun, el art. 56, Cons. Pcia. Bs. As., que remite a "otros derechos y garantías no enumerados, o virtualmente retenidos por el pueblo, que nacen del principio de la soberanía popular y 'que corresponden al hombre en su calidad de tal'", en una concreta referencia a los derechos 'humanos'.

12. De este manojito de disposiciones convencionales puede extraerse, sin esfuerzo, según entiendo, el principio citado 'supra', de "autopreservación del R.DD.HH.", en cuya virtud, por autoreferencia o por referencia al Derecho interno -incluyendo las limitaciones y restricciones admitidas-, se establece una suerte de "reaseguro" de la normativa sobre Derechos Humanos, consistente en descalificar cualquier intento hermenéutico por desbaratar o aminorar su alcance, sea explícito o implícito, y por inclusión o por extensión. En estos términos y, siendo el derecho de consumidores y usuarios -en tanto parte capital del Derecho del consumo- un 'derecho tuitivo o protectorio', vista "la necesidad de hacer valer el respeto a la persona frente al creciente poder del Estado y del mercado" (19), su inclusión en la categoría de 'derechos humanos' justifica la aplicación de las pautas interpretativas 'supra' indicadas, trátase de normas generales (convencionales, constitucionales, legales) cuanto particulares (judiciales, administrativas, contractuales).

13. A su turno, vale la pena recordar algunas disposiciones de la LDC que inciden en la interpretación de los contratos de consumo. 1) el art. 37 sienta el principio 'pro consumatore' al establecer que "la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor"; 2) otro tanto hace la misma norma respecto del principio 'in dubio pro debitoris' al prever que "cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación [la del consumidor], se estará a la que sea menos gravosa"; 3) respecto de la prestación de "servicios públicos domiciliarios", el art. 25, ley cit., determina que "en caso de duda sobre la normativa aplicable éste es, la específica o la de la LDC], resultará la más favorable para el consumidor", es decir, que opera el 'in dubio pro consumatore'); 4) finalmente, el art. 3°, ley cit., establece el mismo principio en estos términos: "en caso de duda sobre

la interpretación de los principios que establece esta ley LDC] prevalecerá la más favorable al consumidor". Estas disposiciones, por especificidad o por inclusión, se aplican a la materia contractual consumeril.

14. Con respecto a la 'integración' de los contratos de consumo -entendiendo por tal, según SPOTA: "salvar una omisión u oscuridad en que incurrieron las partes del contrato al formular la declaración de voluntad común" (20)-, o "interpretación integradora", según FONTANARROSA -procedimiento tendiente a 'colmar lagunas de la voluntad de los contratantes' (21)-, el CCC se refiere a este mecanismo al tratar sobre las cláusulas abusivas, en general -art. 989, Cód. Cit.-, y en materia de contratos de consumo, en particular -art. 1122, c., Cód. cit.-. En ambos dispone que "cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad"; sobre este punto me he manifestado antes de ahora (22), en estos términos: "ciertamente, la propia ley, juez mediante, al dejar sin efecto (considerándolas "no convenidas" o "no escritas") las cláusulas que juzga abusivas crea, 'per se', los "huecos" o lagunas en la estructura del contrato, que requieren ser colmados por el magistrado, en la medida en que la ausencia de tales cláusulas perjudique la finalidad contractual; y, claro está, la eliminación de ciertos tramos significativos del acuerdo -es decir, las normas contractuales que perjudican al consumidor- implica, en sí, la atribución de algunos efectos jurídicos diversos de los previstos por las partes, sin perjuicio de las disposiciones que el juzgador introduzca a fin de preservar la economía general del contrato así integrado"; ratifico aquí la opinión expuesta.

15. Como corolario de lo expuesto, puede sugerirse que las tareas de interpretación y de integración del contrato de consumo han de realizarse bajo la influencia del principio de 'primacía de la realidad -económica- condicionada' (23) que subyace a los acuerdos y las relaciones entre proveedores/prestadores y consumidores/usuarios, en cuya virtud -sin perjuicio de admitir ciertos formalismos impuestos al proveedor para garantizar la posición del consumidor- "las situaciones de consumo deben ser consideradas sobre una base crítico-sociológica - en tanto se trata de hechos insertos en una realidad histórica dada, sin perjuicio del ejercicio de una adecuada comprensión (verstehen) del fenómeno consumatario, atento a sus innegables condicionamientos de índole cultural" (24).

Notas al pie.

1. CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Código Civil y Comercial: Incidencia del Título Preliminar en el Derecho del consumo"; www.infojus.gov.ar; 23/07/2015.

2. Tales cláusulas, en doctrina, suelen identificarse como "normas particulares", generalmente de carácter "individual", por oposición a las normas "generales" de origen legal (KELSEN, HANS; "Teoría General del Derecho y del Estado", trad. Eduardo García Maynez-; Imprenta Universitaria, México, 1950).

3. GÓMEZ, ASTRID y BRUERA, OLGA MARÍA; "Análisis del lenguaje jurídico"; Editorial de Belgrano, 1993.

4. CONDOMÍ, A.M.; "Código...Incidencia del Título Preliminar...", cit.

5. GÓMEZ-BRUERA; op. cit.

6. GUIBOURG, RICARDO A.; GHIGLIANI, ALEJANDRO M.; y GUARINONI, RICARDO V.; "Introducción al conocimiento jurídico"; Editorial Astrea; 1984.

7. KELSEN, HANS; "Teoría General...", cit.; se refiere a la producción de normas 'secundarias', esto es, las que surgen de la relación consensuada de las partes, fruto de una "transacción jurídica"; en el terreno de las normas 'primarias' -es decir, las que establecen las 'sanciones' jurídicas-, dicho autor habla de 'autocracia' y 'democracia', respectivamente (loc. cit.). A su turno, en ambas ediciones de su "teoría pura" (EUDEBA, 1971, trad. Moisés Nilve; UNAM, 1982, trad. Roberto J. Vernengo, respectivamente), el maestro austríaco se refiere, directamente, a "producción autocrática" y "producción democrática" de normas jurídicas.

8. CONDOMÍ, A. M.; "Código... Incidencia del Título Preliminar...", cit.

9. Sin perjuicio del resurgimiento de cierto formalismo - a favor del consumidor- en los vínculos consumeristas, el operador jurídico ha de atender al principio de la 'realidad económica', -'condicionada', precisamente, por dicho "formalismo"-, en cuya virtud "las situaciones de consumo deben ser consideradas sobre una base crítico-sociológica - en tanto se trata de hechos

insertos en una realidad histórica dada, sin perjuicio del ejercicio de una adecuada comprensión (verstehen) del fenómeno consumatario , atento a sus innegables condicionamientos de índole cultural" (CONDOMÍ. A,M.; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte"; www.infojus.gov.ar; 25/10/2013.

10. CONDOMÍ, A.M.; "Código Civil y Comercial: Incidencia de la regulación general de la formación del consentimiento contractual, en materia de consumo"; www.infojus.gov.ar Editorial: Infojus , 1/09/2015.

11. O sea, "la aplicación que el individuo consumidor, usuario] haya hecho en el caso de" su aptitud de discernimiento: ARAUZ CASTEX, MANUEL; "Derecho Civil -Parte General-", Tomo II; Empresa Tecnicojurídica Argentina; 1965.

12. CONDOMÍ, A.M.; "Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -primeras aproximaciones-"; www.infojus.gov.ar; 20/10/2011.

13. CONDOMÍ, A.M.; "Código Civil y Comercial: Incidencia del Título Preliminar en el Derecho del consumo"; www.infojus.gov.ar; 23/07/2015.

14. Ver, 'supra', notas 2 y 7.

15. CONDOMÍ, A.M.; "Código... Incidencia de la regulación general de la formación del consentimiento contractual..."; cit.

16. CONDOMÍ, A.M.; "Código Civil y Comercial: Incidencia del Título Preliminar...", cit. Asimismo: "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Decimocuarta parte (Uso privado del Big Data -BD- y del Big Data Informático -BDI-)"; www.infojus.gov.ar; 14/09/2015.

17. TAMBUSI, CARLOS EDUARDO; "Los Derechos del consumidor como Derechos Humanos"; en: 'Derechos Humanos', de Agustín GORDILLO y otros., Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

18. Referencias: Declaración Universal de los Derechos del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

19. TAMBUSI, C.E.; "Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos "; LEX N° 13 - AÑO XII - 2014 - I / ISSN 1991 - 1734 . Nótese que en la mentada misión de tales derechos, de preservar al consumidor, tanto respecto del mercado cuanto del Estado mismo, cabe el doble carácter fundamental de protección y de defensa de los mismos (CONDOMÍ, A.M.; "Reflexiones generales...", cit", remitiendo a Robert ALEXY, en su "Teoría de los derechos fundamentales").

20. Cit. en CONDOMÍ, A.M.; "El régimen de defensa del consumidor a partir de la vigencia de la ley aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", nota 18; www.infojus.gov.ar; 25/04/2015.

21. Cit, en CONDOMÍ, A.M., vid 'supra', nota anterior.

22. Op. cit., 'supra', notas 20 y 21.

23. CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte.";www.infojus.gov.ar; 25/10/2013.

24. CONDOMÍ, A.M., op. cit.en nota anterior.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 1 DE OCTUBRE DE 2015

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.75, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.25, Ley 24.240 Art.37, LEY 26.994 Art.1, LEY 26.994 Art.2, LEY 26.994 Art.984, LEY 26.994 Art.989, LEY 26.994 Art.1061, LEY 26.994 Art.1062, LEY 26.994 Art.1063, LEY 26.994 Art.1064, LEY 26.994 Art.1065, LEY 26.994 Art.1067, LEY 26.994 Art.1074, LEY 26.994 Art.1094, LEY 26.994 Art.1095, LEY 26.994 Art.1097, LEY 26.994 Art.1117, LEY 26.994 Art.1122, Ley 23.054

Los nuevos derechos del consumidor: Un límite a los derechos de marcas y patentes

IGLESIAS DARRIBA, CLAUDIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 16 DE SETIEMBRE DE 2015

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-MARCAS-PATENTES-MONOPOLIO

TEXTO

1. Introducción: el consumidor y los monopolios de la propiedad intelectual.

Este trabajo explica brevemente los límites que el actual derecho del consumidor argentino impone a los monopolios generados por las marcas y patentes. El tema ha adquirido relevancia, dado que -a partir de la reforma del año 2014- se ha profundizado fuertemente la protección del consumidor, (2) y se han fortalecido -además- los otros eslabones de la relación de consumo, vale decir producción, abastecimiento y competencia. (3) Cabe recordar que los monopolios creados por las marcas y patentes reconocen antecedentes antiguos, pero recién adquieren su forma actual en tiempos de la revolución industrial. Es entonces cuando se moldean jurídicamente para proteger la producción masiva de los países altamente industrializados, principalmente los EE.UU. y el (por entonces muy extenso) Imperio Británico. En la Argentina actual son regulados por las leyes de Marcas (Ley N° 22.362) y de Patentes (Ley N° 24.481), que también son exponentes de dos periodos históricos claramente identificados con la protección casi ilimitada de intereses particulares (4).

En resumen, veremos como los monopolios nacidos bajo la forma de marcas y patentes encuentran ahora límites muy precisos en los nuevos derechos de los consumidores argentinos, los cuales revisten un carácter claramente superior - y son regulados de manera especial- frente a los derechos monopólicos. Pasemos entonces al tema que nos ocupa.

2. La nueva visión del consumidor como sujeto de derechos propios.

A partir del año 2014 el consumidor argentino es considerado como titular de derechos propios, altamente jerarquizado y especializado. Así, entre otros autores, Condomí lo define sujeto omnipresente de las relaciones jurídicas y referente preferencial de los procesos económicos. (5) Tambussi, por su parte, ubica los derechos de los usuarios y consumidores entre los derechos humanos, junto con los derechos a la vida, la dignidad, la salud y la seguridad. (6) En esa misma postura se ubica Crossio, quien remarca que los consumidores son los nuevos actores del siglo XXI, tal como los trabajadores fueron los actores preferenciales del siglo XX. (7) Wajntraub, por su parte, sostiene que el consumidor argentino es calificado jurídicamente en función del destino que le asigna a los bienes o servicios en cada caso concreto, y que resulta indistinto que el uso se efectúe a título personal o familiar, siempre que sea para uso privado (8).

La Unión Europea, por su parte, funda su política de protección de los consumidores en cuatro objetivos fundamentales: (1) protegerlos contra los riesgos a los que no pueden hacer frente como particulares; (2) capacitarlos para que reciban información clara, exacta y coherente; (3) darles acceso a vías rápidas y eficaces para la defensa de sus derechos; y (4) adaptar los derechos de los consumidores a los cambios económicos y sociales. La política europea pone énfasis en los mercados de alimentos, energía, servicios financieros, transporte y tecnologías de la información y la comunicación (9).

Respecto de la situación actual en el mundo, sostiene Bagalá que el derecho del consumidor (que nació como una disciplina jurídica con carácter eminentemente represivo) evolucionó hacia una función preventiva. Este autor aclara que la actividad estatal pasó de estar centrada en la tarea de sancionar, a la formulación de políticas públicas tendientes a prevenir las

violaciones e incumplimientos.(10) A nivel internacional, prestigiosos centros de investigaciones han publicado recientes estudios que exhiben la interrelación entre la propiedad intelectual, y las nuevas concepciones del consumidor (11) y la competencia (12).

A esta altura puede decirse que los nuevos derechos de los consumidores argentinos, tal como surgen de la reforma del año 2014, ponen un límite claro y preciso a los derechos monopólicos creados por las marcas y las patentes. Asimismo debe comprenderse que dicha reforma es parte de las políticas sociales y económicas comenzadas en el año 2003 y que han sido fortalecidas durante más de una década.

3. Las autolimitaciones de los monopolios: (Solución o parte del problema?).

Las autolimitaciones son excepciones (13) fijadas por las propias normas que crean los monopolios. Veamos como: las marcas y patentes aparecen en la historia reciente como derechos absolutos, que -en un principio- no contenían limitaciones precisas a favor de los consumidores. Dichas limitaciones surgen con posterioridad, de manera aislada y casuística; sólo luego de mucho tiempo son incorporadas a las legislaciones nacionales, y a los tratados internacionales.(14) En ese contexto, los EE.UU. promovieron fuertemente los derechos de patentes como instrumentos de desarrollo económico. No es raro que a principios del siglo XIX la Corte Suprema de aquel país las considerara como "los derechos más apreciados y valiosos que reconoce la sociedad (...)"(15).

En la Argentina, la evolución de las marcas y patentes ha seguido el ritmo propio de los estándares internacionales. Estos DPI crean monopolios jurídicos y económicos a favor de sus propietarios que -a partir de la reforma del año 2014- deben adecuarse a la protección -altamente reforzada y especializada- que dicha reforma promueve a favor de los consumidores. Esto es parte de las políticas integrales de fortalecimiento de la producción nacional que -en forma continua- se iniciaron en el año 2003 y se prolongaron durante más una década.

Cabe señalar que -desde 1981- el derecho marcario argentino también contiene autolimitaciones a favor del consumidor. Al respecto, el art. 3.d) de la Ley N° 22.362 establece la prohibición de registrar marcas engañosas, entendiendo por tales aquellas que pueden inducir a error al consumidor con relación a las características del producto o servicio al que la marca distingue. Sobre decir que esta norma se encuentra plenamente vigente,(16) si bien los magistrados la han aplicado de manera limitada. La reforma del año 2014 afecta fuertemente su interpretación: los magistrados deben aplicarla a la luz del conjunto normativo que coloca a los derechos del consumidor como un límite preciso para los monopolios de las marcas.

Desde el punto de vista jurídico, la confusión marcaria es una limitación al *ius excludendi*, que es la característica típica de las marcas (y también de las patentes), que las convierte en derechos absolutos, vale decir monopólicos.(17) Esta característica genera una controversia permanente con los derechos de los consumidores y de la competencia (18).

Asimismo, se aplica al consumidor el principio *favor debilis*, que es una regla inveterada del derecho privado. Por aplicación de este principio, el consumidor aparece como la parte más débil de la una relación múltiple, que incluye al proveedor y al productor, pero además a todos quienes se encuentran en superioridad de condiciones frente a él, incluso fuera de la relación proveedor-consumidor en sentido estricto.

Respecto de este tema, debe tenerse en cuenta que en el ámbito del derecho privado, las relaciones de consumo constituyen el paradigma de los contratos basados en relaciones de mercado asimétricas.(19) Así, una aplicación expresa del *favor debilis* es el art. 40 de la Ley N° 24.240, que establece la responsabilidad -por vicio o riesgo de la cosa- del productor, el fabricante, el vendedor y de todo otro que hubiera puesto su marca en la cosa o servicio. Dicha responsabilidad es objetiva y se enmarca en el conjunto normativo que

apunta a proteger a los consumidores y usuarios frente a los titulares de derechos marcarios.(20) Este es un importante antecedente que se complementa con la figura del daño directo, que es abarcativa de una indemnización al consumidor en sede administrativa. Dicha figura es otro mecanismo de protección ampliada que surge con la reforma de 2014(21) .

Por su parte, los monopolios creados por las patentes también contienen autolimitaciones: en general todo aquello que afecta el interés público. Mucho se ha escrito respecto de ellos por cuanto son muy conocidos. Cabe recordar que las patentes son derechos de exclusión casi ilimitados cuya finalidad consiste en fomentar la industria y la innovación privada. Estos derechos priorizan el interés de sus propietarios por encima del interés de la comunidad. Al menos, eso ocurre cuando el titular de la patente es un particular. Los sectores más perjudicados por el accionar de estos monopolios son los consumidores de productos sensibles, como medicamentos y alimentos.

Al respecto sostiene el economista Sean Flynn (2014) que los derechos de patentes, entendidos de manera absoluta y sin tener en cuenta el entorno, expondrían a los consumidores a las rentas de un monopolio perpetuo que -hoy en día- casi ningún economista considera como una solución eficiente para resolver los problemas de los consumidores o de la economía en general.(22) El autor aclara que las patentes plantean problemas en la determinación de los precios, cualquier sea el tipo de actividad industrial. En los mercados monopólicos, el monopolio puede elevar los precios muy por encima de los costos ya que no tiene competencia en la provisión de los productos que ofrece, a diferencia de lo que ocurre en un mercado competitivo, en el cual la incorporación de nuevos proveedores genera la disminución de los precios, incluso, acercándolos a los costos de producción.(23) Al igual que Joseph Stiglitz y otros economistas toma como ejemplo el caso de los medicamentos y los alimentos.

La nueva legislación que protege al consumidor argentino también pone un límite preciso a los fuertes monopolios creados por las patentes. Sin embargo, las autolimitaciones y las excepciones deben ser puestas en práctica por las instancias administrativas y judiciales existentes y a crearse a partir de la propia reforma del año 2014.

4. Conclusiones: El consumidor y la necesidad de límites.

De lo dicho se concluye que las marcas y patentes (a favor de particulares) crean fuertes monopolios que pueden distorsionar los precios de mercado. Y si bien las normas que las rigen se han autolimitado a favor del consumidor o del interés público, ello no ha contribuido a solucionar el problema. Además, como se vió, dicha situación es particularmente grave para los consumidores de alimentos y de medicamentos, históricamente sometidos a intereses de grandes monopolios (privados) transnacionales. Por otro lado, la vulnerabilidad de los consumidores permite encuadrar su protección en la defensa de los DD.HH. reconocidos por la Constitución Nacional(24) .

Sin embargo, a partir del año 2014, la nueva normativa del consumo impone límites concretos y específicos a los derechos monopólicos típicos de la propiedad intelectual. Debe aclararse que las marcas y patentes del Estado son una excepción a esa regla dado que son derechos destinados a proteger la producción y la industria argentina, y tienen una finalidad netamente social.(25) Lo mismo cabe decir de las formas compartida de la propiedad intelectual (indicaciones geográficas y marcas colectivas). Estas figuras tienden a corregir las asimetrías derivadas de los monopolios creados por los particulares.

Finalmente, cabe destacar que la reforma normativa del consumo -del año 2014- es profunda y señala un cambio de paradigma en la relación entre los consumidores y los monopolios de las marcas y patentes. Dicha reforma -a su vez- debe armonizarse con la vasta modificación del derecho privado argentino que emana del nuevo CCyC.(26) Todo ello, en el marco del profundo cambio social, económico, y cultural, iniciado en el año 2003, y que se ha consolidado y fortalecido durante más de una década.

Notas al pie.

(2) Ley N° 24.240, modificada por la Ley N° 26.994.

(3) Ley N° 20.680.

(4) Los antecedentes históricos de las leyes de Marcas y Patentes son normas igualmente proteccionistas de estos derechos monopólicos.

(5) Sostiene el autor que el derecho del consumo tiene una función estructurante y reorientadora entre los proveedores y los consumidores y usuarios que promueva las articulaciones necesarias entre ellos, a fin de configurar su adecuada integración. Al respecto ver: CONDOMÍ, ALFREDO. Primeros pasos en el Derecho del consumo. Novena parte (Desde el consumo). Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Buenos Aires, 5 de Marzo de 2015. Publicación en línea en: <http://www.infojus.gob.ar/alfredo-condomi-primeros-pasos-derecho-consumo-novena-parte-desde-consumo-dacdf150191-2015-03-05/123456789-0abc-defg1910-51fcanirtcod>].

(6) TAMBUSSI, CARLOS. Los derechos de usuarios y consumidores y el derecho a la salud. Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Buenos Aires, 21 de Enero de 2015. Publicación en línea en: <http://www.infojus.gob.ar/derechos-usuarios-consumidores-derecho-salud-derechos-usuarios-consumidores-derecho-salud-nv10165-2015-01-21/123456789-0abc-561-01ti-lpssedadevon>].

(7) CROSIO, AMILCAR, et al. Los consumidores y usuarios: los nuevos actores del siglo XXI. Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Buenos Aires, 14 de Abril de 2015. Publicación en línea en: <http://www.infojus.gob.ar/consumidores-usuarios-nuevos-actores-siglo-xxi-relaciones-consumo-consumidores-usuarios-nuevos-actores-siglo-xxi-nv10958-2015-04-14/123456789-0abc-859-01ti-lpssedadevon>].

(8) WAJNTRAUB, JAVIER. "La integración normativa del estatuto del consumidor", en Revista Derecho Privado. Año III, N° 8. Ediciones Infojus, Junio de 2014, p. 106.

(9) En la Unión Europea rige la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, modificada por Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores.

(10) BAGALÁ, PABLO. Apuntes sobre el derecho de consumo en el Código Civil y Comercial argentino. Repaso de las cláusulas abusivas. Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Buenos Aires, 7 de julio de 2015. Publicación en línea en: <http://www.infojus.gob.ar/apuntes-sobre-derecho-consumo-codigo-civil-comercial-argentino-repaso-clausulas-abusivas-apuntes-sobre-derecho-consumo-codigo-civil-comercial-argentino-repaso-clausulas-abusivas-nv12026-2015-07-15/123456789-0abc-620-21ti-lpssedadevon>].

(11) Los derechos del consumidor suelen tener raigambre constitucional expresa en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de América Latina y del Sur.

(12) Al respecto: ALFARO, ARKAITZ EZKAI. Propiedad industrial y competencia. (ed.) Universidad de Navarra, Pamplona, 05/06/2014, publicación en línea: <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/11274/ezkai68548.pdf?sequence=1>]. ERRÁZURIZ TORTORELLI, CRISTINA. "Indicaciones geográficas y denominaciones de origen: Propiedad intelectual en progreso", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 37, No. 2 (Mayo - Agosto 2010), Santiago, (ed.) Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 207-239. MARÍN LÓPEZ, MANUEL. "El "nuevo concepto" del consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 9/2014.

(13) O limitaciones.

(14) KHAN, B. ZORINA. *The Democratization of Invention: Patents and Copyrights in American Economic Development, 1790-1920*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 322. La autora compara las concepciones y estructuras jurídicas de los EE.UU. y Europa durante los siglos XVIII y XIX, y la diferente manera de encarar su protección (o no) de acuerdo con sus políticas de Estado y fomento de la cultura y educación.

(15) Corte Suprema de los EE.UU. (USSC) ex parte Wood & Brundage, 22 U.S. 603, año 1824. Es de hacer notar que los tribunales de los Estados Unidos comprendieron rápidamente la importancia económica de la propiedad intelectual y aplicaron como política de Estado la defensa ilimitada de las patentes. Esta política judicial se extendió posteriormente a las marcas y -mucho después- a los derechos de autor originados en aquel país. Al respecto ver: KHAN. Op. cit.

(16) Ley N° 22.362. Art. 3.d). La figura de la confusión también se encuentra prevista por la legislación sobre competencia desleal. No obstante, desde el punto de vista del consumidor no importa si la confusión ocurre en el ámbito de la competencia desleal o en el terreno de las infracciones marcarias ya que, en ambos casos, el fin buscado es el mismo: evitar el riesgo o daño en el público consumidor.

(17) El *ius excludendi* es la característica esencial de todos los DPI; es lo que los convierte en derechos negativos o monopolios de exclusión, vale decir oponibles erga omnes.

(18) Debe recordarse que la Ley N° 26.355 crea las marcas colectivas, que deben ser obligatoriamente utilizadas por una colectividad de sujetos, todos ellos actores de la economía social. Las marcas colectivas se caracterizan porque el *ius excludendi* se encuentra siempre limitado ya que no se aplica entre los usuarios, sino solamente con relación a terceros. Esta figura marcaria de uso colectivo es otro logro del proyecto socio-cultural iniciado en el año 2003 y profundizado durante más de una década.

(19) CHAMIE, JOSÉ FÉLIX. Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor. Rev. Derecho Privado no. 24. Bogotá, enero/junio 2013. Publicación en línea: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-43662013000100005&script=sci_arttext].

(20) Ley N° 24.240. Art. 40.

(21) Ley N° 24.240. Art. 40 Bis. Artículo sustituido por art. 59 de la Ley N° 26.993 B.O. 19/09/2014.

(22) FLYNN, SEAN. "International Disparities Panel", en *Revista Health Law and Policy Brief*, Volume 4, Issue 2 Article 6, 1-7-2014, p. 34, (ed.) American University Washington College of Law. Publicación en línea en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/hlp/vol4/iss2/6>].

(23) FLYNN. Op. cit., p. 35.

(24) CROSIO, AMILCAR, et al. Los consumidores y usuarios: los nuevos actores del siglo XXI. Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 14 de Abril de 2015. Publicación en línea en: <http://www.infojus.gob.ar/consumidores-usuarios-nuevos-actores-siglo-xxi-relaciones-consumo-consumidores-usuarios-nuevos-actores-siglo-xxi-nv10958-2015-04-14/123456789-0abc-859-01ti-lpssedadevon>]

(25) Las marcas colectivas son signos que distinguen productos o servicios de la economía social y que están destinadas a ser utilizadas por una pluralidad de usuarios (productores o prestadores de servicios).

(26) Al respecto ver: CONDOMÍ, ALFREDO. El régimen de defensa del consumidor

a partir de la vigencia de la ley aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Buenos Aires, 28 de Abril de 2015. Publicación en línea en:<http://www.infojus.gov.ar/alfredo-mario-condomi-regimen-defensa-consumidor-partir-vigencia-ley-aprobatoria-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-dacf150334-2015-04-28/123456789-0abc-defg4330-51fcanirtcod>].

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 16 DE SETIEMBRE DE 2015

:

Editorial: Infojus

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 20.680, Ley 22.362, Ley 24.240 Art.40, Ley 24.240 Art.40 Bis , LEY 26.355, LEY 24.481 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 260/96

REF. BIBLIOGRAFICAS

* BAGALÁ, PABLO. Apuntes sobre el derecho de consumo en el Código Civil y Comercial argentino. Repaso de las cláusulas abusivas. Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Buenos Aires, 7 de julio de 2015. Publicación en línea en: <http://www.infojus.gov.ar/apuntes-sobre-derecho-consumo-codigo-civil-comercial-argentino-repaso-clausulas-abusivas-apuntes-sobre-derecho-consumo-codigo-civil-comercial-argentino-repaso-clausulas-abusivas-nv12026-2015-07-15/123456789-0abc-620-21ti-lpssedadevon>].

* CONDOMÍ, ALFREDO. El régimen de defensa del consumidor a partir de la vigencia de la ley aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Buenos Aires, 28 de Abril de 2015. Publicación en línea en: <http://www.infojus.gov.ar/alfredo-mario-condomi-regimen-defensa-consumidor-partir-vigencia-ley-aprobatoria-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-dacf150334-2015-04-28/123456789-0abc-defg4330-51fcanirtcod>].

* CONDOMÍ, ALFREDO. Primeros pasos en el Derecho del consumo. Novena parte (Desde el consumo). Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Buenos Aires, 5 de Marzo de 2015. Publicación en línea en: <http://www.infojus.gov.ar/alfredo-mario-condomi-primeros-pasos-derecho-consumo-novena-parte-desde-consumo-dacf150191-2015-03-05/123456789-0abc-defg1910-51fcanirtcod>].

* CROSIO, AMILCAR, et al. Los consumidores y usuarios: los nuevos actores del siglo XXI. Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 14 de Abril de 2015. Publicación en línea en: <http://www.infojus.gov.ar/consumidores-usuarios-nuevos-actores-siglo-xxi-relaciones-consumo-consumidores-usuarios-nuevos-actores-siglo-xxi-nv10958-2015-04-14/123456789-0abc-859-01ti-lpssedadevon>].

* FLYNN, SEAN. "International Disparities Panel", en Revista Health Law and Policy Brief, Volume 4, Issue 2 Article 6, 1-7-2014, p. 34, (ed.) American University Washington College of Law. Publicación en línea en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/hlp/vol4/iss2/6>].

* KHAN, B. ZORINA. The Democratization of Invention: Patents and Copyrights in American Economic Development, 1790-1920. Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

* PICASSO, SEBASTIÁN, et. al. El nuevo proceso de consumo: hacia una mejora de la tutela judicial efectiva del consumidor. Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Buenos Aires, 7 de Abril de 2015. Publicación en línea en: <http://www.infojus.gov.ar/nuevo-proceso-consumo-hacia-una-mejora-tutela-judicial-efectiva-consumidor-nuevo-proceso-consumo-hacia-una-mejora-tutela-judicial-efectiva-consumidor-nv10894-2015-04-07/123456789-0abc-498-01ti-lpssedadevon>].

* TAMBUSSI, CARLOS. Los derechos de usuarios y consumidores y el derecho a la salud. Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, Buenos Aires, 21 de Enero de 2015. Publicación en línea en:
<http://www.infojus.gob.ar/derechos-usuarios-consumidores-derecho-salud-derechos-usuarios-consumidores-derechos-salud-nv10165-2015-01-21/123456789-0abc-561-01ti-lpssedadevon>].

* WAJNTRAUB, JAVIER. La integración normativa del estatuto del consumidor, en Revista Derecho Privado, Año III, N° 8. Buenos Aires, Ediciones Infojus, Junio de 2014.

* CHAMIE, JOSÉ FÉLIX. Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor, en Rev. Derecho Privado N° 24. Bogotá, enero/junio 2013. Publicación en línea:
http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0123-43662013000100005&script=sci_arttext]

Deber de informar y la exhibición de precio cierto al consumidor. Avances jurisprudenciales y legislativos

MINETTI, DIEGO R. | TORRES, HERNÁN O. | VEZZULLA, JUAN MARTÍN

Publicación: www.infojus.gov.ar, 9 DE SETIEMBRE DE 2015

TEMA

CONSUMIDORES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-INFORMACION AL CONSUMIDOR-EXHIBICION DE PRECIOS

TEXTO

I.- Introducción.

A partir de la consagración normativa de la defensa de los derechos del consumidor en nuestro país, se consideró esencial garantizar el acceso a la información de los usuarios y consumidores. Ello así por considerar que la mayoría de las discrepancias, con sus consecuentes conflictos y reclamos, obedecen a una nula, escasa o deficiente información de lo que el proveedor ofrece al usuario o consumidor.

En forma creciente y gradual se consideró que el consumidor debe acceder a información veraz y suficiente, ya que la información que el proveedor brinda es vinculante.

Paulatinamente, se fue adoptando mayor rigurosidad y control con el objeto de evitar una información incompleta, inexacta o confusa, en base a la aplicación del principio favor debilis, que se transforma -en este caso- en principio a favor del consumidor. El llamado orden público de protección de la parte más débil.

Como bien dijo Lorenzetti, "el problema aquí es que las partes pueden haber emitido correctamente su declaración y expresado el consentimiento, pero hay una desigualdad económico-social, en virtud de la cual no hay discusión, negociación, sino mera adhesión. Estas circunstancias que antes no interesaban al derecho, sino a la sociología, han sido juridizadas mediante normas de orden público"(1). El autor lo relacionó con antecedentes del derecho laboral, y destacó que lo que se pretende con la aplicación del orden público es proteger a la parte más vulnerable, reestableciendo el equilibrio contractual (2).

En la actualidad puede advertirse que tanto la legislación como la jurisprudencia profundizan este camino, por lo que vale la pena analizarlas.

II.- La información y el precio cierto en la legislación de defensa del consumidor.

1.- El deber de informar.

El acceso a la información por parte del consumidor es un problema central en nuestra sociedad actual. Las características y variedades de los productos, bienes y servicios son a menudo complejas, las relaciones distantes, lo que dificulta una interacción equilibrada entre las partes en orden a evitar sorpresas. Por otra parte, si bien se ha progresado en el reconocimiento del derecho de los consumidores, lo cierto es que en lo que a la información se refiere, la misma suele ser escasa y defectuosa, lo cual deriva en un claro perjuicio del usuario. De allí que sea necesaria la intervención estatal y regulatoria: "La información es un bien que tiene un valor jurídico y, consecuentemente, protección jurídica"(3).

Mucho antes de esta corriente, en un claro reconocimiento de los derechos del consumidor, un fallo de la Cámara Nacional Civil, expresó entre sus considerandos que : "... el deber de veraz información deviene esencial a los fines del logro de la colaboración de las partes, dirigidas a obtener una precisión, lo más real posible, sobre el objeto del futuro contrato, e

inseparable del mismo, aparece un complemento ineludible: la carga de "hablar claro" para evitar que la contraparte entienda mal la declaración (conf Messineo, Francesco; "Manual de Derecho Civil y Comercial", t.2, p. 476, Bs. As., 1971; Mosset Iturraspe Jorge, "Justicia Contractual", p 141 Bs. As., 1978; Stiglitz, Gabriel A., "Deber Negocial de información o incorrección publicitaria", en La Ley, 1983-B, 1050; p.2). ... La de informar, no es una obligación que se funde en el contrato, pero sí en la relación jurídica que nace de la negociación, la cual fundamenta ciertos deberes en los contratantes... "(4).

Varios de los conceptos vertidos en este fallo, novedosos para aquella época, donde no existía una visión que amparara al consumidor como tal, los podemos observar actualmente receptados en normativas de todos los órdenes.

El derecho del consumidor tuvo su reconocimiento constitucional en la reforma del año 1994. Allí se estableció en el artículo 42, respecto de la información, que "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a una información adecuada y veraz..". Si bien este derecho venía en creciente desarrollo fue su consagración constitucional la que sin dudas generó el mayor impulso.

Fue lógico y razonable que el derecho fundamental incorpore un régimen protectorio de los consumidores o usuarios, como parte más vulnerable en una relación de consumo, ya que es un presupuesto de la participación democrática libre (5) y un control difuso del poder (6). El deber de informar tiene su fundamento constitucional en el respeto de la libertad, puesto que no puede avasallarse la libertad de otro sin su consentimiento.

Desde este precepto constitucional, la Ley Nro. 24.240 ("LDC") ahonda en la cuestión a partir de su artículo 4to.:

"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 con claridad necesaria que permita su comprensión"(7).

Estos avances normativos tienen en la actualidad su mayor exponente con la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial (CCyC), que ya da un tratamiento diferenciado a los derechos de los consumidores desde el artículo 7mo., el cual prescribe que "... Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones del consumo".

Debe ser advertido, a todo evento, que el derecho del consumo está formado en su mayor parte de textos imperativos, que imponen obligaciones y sanciones por su incumplimiento. Tales textos conforman un orden público de protección, como lo observan Jean Calais-Auloy y Heri Temple, quienes agregan que las reglas no obligatorias son generalmente recomendaciones a los proveedores (8).

También se plasma el marcado amparo a los consumidores en los artículos 1092 y sgtes. CCyC, que establecen un tratamiento específico adecuado en el marco contractual general, por las especiales características que revisten los contratos de consumo. En particular, en este tópico, establece el artículo 1100 CCyC "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 ... La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión".

Otra característica es la dinámica. La información, para ser adecuada, debe circular salpicando a los distintos sectores vinculados con el producto o servicio para que todos éstos la conozcan (9).

La garantía del derecho a la información tiende a neutralizar la asimetría que genera, entre el proveedor u oferente y el usuario o consumidor, una información escasa, confusa o defectuosa tendiendo a equilibrar o evitar la situación más desfavorable del usuario.

El consumidor no conoce los mismos datos sobre el producto que el proveedor y tiene altos costos para acceder a esa información si el proveedor no la suministra; su desconocimiento lo deja expuesto a serios perjuicios.

De ahí es que la legislación avanza sobre la obligación de proveer esos datos en forma clara y efectiva.

Como ha dicho nuestra jurisprudencia: "El cumplimiento del deber de información prevista en la Ley Nro. 24.240 es exigible durante toda la relación de consumo... El deber de información previsto en la Ley Nro. 24.240 está orientado a brindar al cliente datos útiles para tomar una decisión y conseguir una satisfactoria ejecución del contrato en cuanto a la utilización del producto o servicio..... la información que se debe brindar sea eficaz, desde la perspectiva del usuario o consumidor.. La disparidad entre el banco y su cliente, a los efectos de la interpretación de la Ley Nro. 24.240 a favor de este último se presenta en un doble aspecto: técnico y jurídico"(10).

Ahora bien, el derecho a la información tiene dos facetas: el derecho a informar y a estar informado (11).

La primera es la tradicional, el derecho a informar que se vincula con la libertad de expresión. Es un derecho del emisor del mensaje, informativo, del titular de la información, a hacerla llegar al destinatario sin obstáculos arbitrarios en el camino. El segundo aspecto es el derecho del receptor del mensaje, del consumidor de información, que debe ser informado para poder producir libremente(12).

El deber de información es entonces una conducta impuesta a alguien a fin de que dote al otro de información relevante a efectos de su discernimiento o previsión sobre lo que podría llegar a adquirir o contratar.

Es un deber jurídico obligacional, basado en la buena fe, cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficientes como para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si dicha información no se suministra (13).

Esto se relaciona también con la voluntad que todo acto jurídico lleva implícito. Para que exista esa voluntad, como presupuesto, debe existir discernimiento, intención y libertad. La falta de información afecta a estos presupuestos y por ende es antijurídica, aspecto que como hemos desarrollado se refleja en la norma de defensa del consumidor.

Como fuera dicho también se trata de la bona fide o buena fe contractual, hoy contenida en el art 961 CCyC. Ello impone a las partes la obligación de no ocultar información vital que hace a la naturaleza del producto o servicio y que en términos de defensa del consumidor, por la desigual posesión de información entre otros factores, hace que sea una obligación normativa claramente estipulada.

Es costumbre que el empresario oculte cierta información al consumidor porque si la revelara podría no celebrarse el contrato. Se podría tratar de una astucia comercial, a la luz de la masividad actual que presenta la publicidad y la captación de clientes. En el tramo prenegocial, la ausencia de información o su deficiencia pueden generar una aceptación viciada de error (14) cuya consecuencia sería la anulabilidad del acto (art. 265 y 267 CCyC).

Esto no necesariamente implica el mismo tipo dolo, desde el punto de vista de diferenciar el emplear esa astucia para engañar a otro (art. 271 y 272 CCyC) o para competir con otro producto (exagerar el valor o las cualidades de la mercadería).

En cambio en el derecho del consumidor hay una clara tendencia a considerar ilegítimo el ocultamiento de información aunque el propósito no sea el engaño. La ley obliga a ser claros y sinceros. Caso contrario, hay omisión objetiva ya que no se requiere intención (art. 36 LDC).

La responsabilidad extracontractual, a su vez, se relaciona con la violación del deber de información (art 37 LDC).

2.- La publicidad.

Es importante ahondar, de todas formas, en el distingo de la obligación antes enunciada de la regulación de la publicidad. La publicidad no es necesariamente información o al menos no cumple acabadamente por sí misma con el objetivo de la norma.

Aún más, se ha comprobado que la eficacia persuasiva de la publicidad, es como regla, directamente proporcional a la escasez de información; el consumidor se encuentra en una situación de incerteza que le impide seleccionar racionalmente el producto o servicio, restringe la espontaneidad de su elección, relativiza su poder de decisión y disminuye su libertad de contratar (15).

La publicidad entra dentro de la órbita de la libertad de expresión, lo que es claramente diferenciable del deber de informar que puede reglamentar el mensaje publicitario, así como también de la información que obligatoriamente debe ser suministrada antes de que el consumidor adquiera el producto o servicio. En el primer caso hay una libertad, en el segundo un deber cuyo incumplimiento puede producir una sanción. Por esta razón no es información la publicidad que en realidad apunta a disminuir la capacidad de raciocinio del sujeto (16).

El principio de buena fe que invade los preparativos contractuales, atrapa también a las expresiones contenidas en los mensajes publicitarios, que quedan entonces, sujetos a los deberes de corrección a que es menester ajustar, en tomo momento a la conducta negocial ... Las advertencias publicitarias han de interpretarse con mayor rigidez cuando resultan dirigidas al profano respecto del poseedor de conocimientos en la materia del negocio. Del mismo modo, debe ser estricto el juicio cuando la promoción postula contrataciones novedosas o desconocidas por el común de la población (17).

La visión iniciática señalada, evoluciona en diversos fallos, con posterioridad a la sanción de la LDC, en el año 1993, donde "... 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 la confianza que implican, y por ser generalmente el medio que da origen a las relaciones jurídicas entre el anunciante y consumidor o usuario. Cabe agregar que en estos casos, al valorar la prueba deben meritarse las características de la relación que vincula a las partes y la especial competencia que en la materia posee la empresa comercial, considerada "experta" con relación a su contraparte (18)

También aquí el nuevo CCyC en los artículos 1101 a 1103 determina acciones y establece los efectos concretos de la publicidad dirigida a los consumidores en el marco de las relaciones de consumo. La sociedad vive inmersa en múltiples campañas publicitarias a través de los medios de comunicación, que inducen a contratar sin poner el mismo empeño en informar. Las publicidades se permiten la simplificación, ocultar algunos detalles, exagerar otros, en un plano simbólico que la información obligatoria por ley no puede permitirse. Esta no solo debe ser veraz y suficiente, sino pertinente al nivel educativo del destinatario.

Pero aún así la publicidad no puede ser nunca engañosa y las características de sus ofertas vinculan al ofertante.

Como ha dicho nuestra jurisprudencia "La publicidad, en si misma, tiene como fin lograr convencer al público de la necesidad de adquirir un bien o servicio mostrando el producto o el servicio en forma "persuasiva" pero debe informarlo de manera tal que pueda decidirse con conocimiento de los bienes y servicios, de sus cualidades, atributos y posibilidades" "Cabe agregar que los ilícitos administrativos de carácter formal, cuando no requieren elemento subjetivo especial, se configuran por la sola ocurrencia de la conducta o la omisión punible. La mera materialidad de la conducta o la omisión, presume la culpa y, consecuentemente, respecto de ellos, se invierte a carga de la prueba. El imputado debe probar la existencia de circunstancias que lo eximan de responsabilidad, lo que no ha ocurrido en la presente causa" (19).

Asimismo, "Es razonable lo sostenido por la autoridad administrativa en el sentido de que el aviso cuestionado se prestaba a error o engaño en la medida en que esa publicidad se había expresado que el descuento se aplicaría sobre "Todos los Productos mientras que las excepciones o salvedades se introdujeron en nota al pie de página y en una letra de tamaño considerablemente menor, circunstancia que redujo la posibilidad de comprensión inmediata del alcance de la oferta por parte de los potenciales consumidores... al no encontrarse todos los productos amparados por el descuento referido, la publicidad en cuestión contenía información contradictoria, susceptible de inducir a los consumidores a error o confusión respecto del precio y las condiciones de comercialización de los productos concretamente ofrecidos" (20).

3.- El precio cierto.

Finalizada la época prehistórica y con los albores de las civilizaciones, el intercambio entre los seres humanos fue haciéndose costumbre dada su creciente utilidad para obtener los productos que no se poseían y se necesitaban. Civilizaciones enteras se desarrollaron en virtud de este objetivo en base al impulso económico, social y cultural del comercio. Por ejemplo, los fenicios. La principal modalidad era el trueque y si bien la acuñación de monedas fue incluso anterior a griegos y romanos, es con ellos que se comienza a utilizar en mayor medida como medio de pago. El trueque, sin bien implicaba consensuar un valor, da lugar al establecimiento de prácticas más directas de intercambio de bienes o servicios por moneda. El precio se hace imprescindible en la edad media con el florecimiento de las ciudades, lugares donde los individuos no tenían la posibilidad de acopiar bienes para trueque sino que requerían del establecimiento de un precio y el pago simplificado con moneda (21).

Es fundamental ya desde entonces para toda transacción, por ende, la determinación del precio y que el mismo sea cierto e informado.

Las regulaciones legales sobre precio que sobrevienen a la fecha tienden a simplificarse: o lo fijan las partes de común acuerdo o fijan una regla para determinarlo. En el primer caso, se respeta la autonomía de la voluntad, y en el segundo, se trata de determinar la licitud de la regla utilizada (22).

Puntualmente se considera al precio dentro de la información que en general debe ser provista de forma cierta, clara y detallada. En la actualidad se asume que hay determinados requisitos que componen el precio: debe ser en dinero, serio y cierto. Deteniéndonos en su certeza, se bifurca en determinado o determinable, característica de especial relevancia en estos tiempos marcados por infinidad de situaciones de afectación a los consumidores en la conformación de ese proceso. La normativa se ocupa, por ende, de precisar el precio. El artículo 1123 del CCyC dispone: "Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero" (23).

Asimismo, el artículo 10mo. de la LDC exige que en el documento de venta conste claramente "El precio y condiciones de pago" (inciso h) y "Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente" (inciso g).

Los presupuestos que se realicen de forma previa también deben contener obligatoriamente el precio, de forma clara (artículo 21).

La información se relaciona con aquellos contenidos que deben estar al alcance del consumidor para la toma de decisión, de forma objetiva y veraz. Es decir la información obligatoria no permite mostrar solo "aspectos positivos". Entre los aspectos obligatorios está, por ende, el precio cierto. Conforme ha señalado la jurisprudencia "Lo que sanciona la ley de defensa del consumidor es la omisión o incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes y servicios, que fueron impuestos como forma de equilibrar la relación prestatario- consumidor. Se trata de infracciones formales donde la verificación de tales hechos hace nacer por sí la responsabilidad del infractor. No se requiere daño concreto sino simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la ley (...) (cfr. Capesa SAICFIM c/ Sec. De Com. E Inv.)" (24).

Asimismo, "Así por ejemplo para que se verifique la infracción imputada en esta causa no se exige que quien ofrece un bien tenga la voluntad de no exhibir su precio en la forma en que lo exigen las normas, pues basta que no lo suministre por realizar de forma descuidada su tarea, a la luz de los deberes que la ley fija para equilibrar la relación de consumo. En definitiva se está ante ilícitos que sólo exigen un obrar culposo, donde resulta claro que aquel que realiza la acción prohibida no tiene, para decirlo de forma sencilla, una voluntad maliciosa. " (25).

Esta debida precisión alcanza a las llamadas "promociones" o descuentos de precio. En un reciente fallo, se precisó que: "Lo que se quiere significar cuando se requiere el informe de las características de los productos comprendidos o exceptuados, es que se brinde al consumidor la real posibilidad de conocer cuáles de todos los productos que se engloban bajo una determinación genérica están alcanzados por la promoción...poder identificar, a través de las características sustanciales, a qué productos se refiere la publicidad" (26).

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se ha legislado en éste sentido mediante la sanción de la Ley Nro. 4827 con fecha 05/12/13 (modif. por la Ley Nro. 5297), promulgada el 10/01/14. Es la norma que regula la exhibición y publicidad voluntaria de precios en todo el ámbito de la CABA, en consonancia con la Resolución Nacional 7-SCDyDC-02, complementaria de la Ley de Lealtad Comercial Nro. 22.802.

El primer artículo de esta ley define su objetivo al prescribir "Artículo 1°.- La presente Ley tiene por objeto regular la exhibición y publicidad voluntaria de precios en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Quienes ofrezcan a consumidores finales bienes muebles o servicios en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deben exhibir precios de acuerdo a lo establecido por la presente y normas complementarias.

Quienes voluntariamente publiciten precios de bienes muebles o servicios deben hacerlo conforme a lo aquí establecido y normas complementaria".

III.- Recientes Precedentes Jurisprudenciales.

Recientemente, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal tuvo la oportunidad de intervenir en un interesante conflicto de información veraz en el marco de una operación inmobiliaria (27).

En el caso, se le había ocultado al comprador de un inmueble información vital relacionada con la falta de escrituración del jardín al momento de firmar el boleto. Por este hecho, el comprador/consumidor resolvió reclamar a la inmobiliaria que efectuaba la operación y había percibido la comisión por tal servicio.

Es decir, un caso muy notorio de falta de información cierta, veraz y objetiva de las dimensiones de un Inmueble, lo que motivó la sanción administrativa (28) y la consecuente confirmación de la Cámara de la misma.

Al confirmar la sanción, la Cámara desestimo el recurso de la sancionada respecto de los siguientes alegados agravios: 1) erróneas imputaciones de los hechos, 2) indebida invocación de la LDC (que, en su redacción original, solo regía respecto de la venta de inmuebles nuevos) y 3) imposibilidad de defensa en juicio.

Respecto de la primera defensa, la Cámara consideró que "se desprende que el terreno adicional era parte de la operación y que la Inmobiliaria había entrado en conocimiento de que dicha fracción no estaba escriturada, con posterioridad a la firma del Boleto de compraventa, después de haber asesorado al denunciante. Es decir que Marusia SRL no obró con la diligencia que exigía la operación, en tanto no brindó información veraz, detallada, eficaz y suficiente, en los términos del Art.4°. El hecho de que la recurrente no supiera -al momento de iniciar las negociaciones- que una fracción del predio no estaba escriturada no puede ser opuesto como defensa, en tanto dicha

información resultaba esencial para el comprador y formaba parte del servicio contratado. A ello se agrega que la falta de escrituración de esa porción del jardín era fácilmente detectable, sobre todo para una empresa especializada en el rubro" (29).

En el segundo de los puntos de la apelación, el criterio fue claro al considerar que, en la operación, la Inmobiliaria había prestado un "servicio" y no se había tratado por parte de ella de una "venta" (30).

La tercera de las defensas invocadas en la apelación fue rechazada de plano ya que "de las actuaciones administrativas surge que la empresa presentó descargo y se admitió la totalidad de la prueba por ella ofrecida".

En otro fallo anterior (31) directamente relacionado con el deber de información del precio cierto, la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal había ratificado una sanción de \$ 70.000 -aplicada por la Dirección Nacional de Comercio Interior mediante Disposición 107/2014 del 15/4/14- por no especificar claramente el precio. La multa confirmada tuvo su fundamento en que la firma imputada antepuso la palabra "desde" en una oferta publicitaria, ocultando de esta forma los precios reales, ciertos y concretos de un determinado producto. Es decir, el consumidor no sabía lo que realmente terminaría pagando.

El fallo de la Sala (32) consideró que la empresa incurrió en una actitud de "confusión y ambigüedad para el potencial comprador" y consideró que esa práctica "genera ambigüedad y confusión" para el potencial cliente.

Se determinó que "Corresponde advertir que el derecho del consumidor es un sistema global de instrumentos de implementación que tiene por finalidad, por un lado garantizar a aquél una posición de equilibrio en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios y, por el otro, preservar la lealtad en las relaciones comerciales, de manera de evitar que se produzcan desvíos o captación potencial de clientela por medio de métodos contrarios a dicha lealtad".

Los jueces entendieron que la firma condenada "no cumplió con su deber de consignar con precisión el importe total que debía abonar el consumidor, en tanto la mención de la palabra 'desde' antepuesta al precio, aún cuando su inclusión se deba a la existencia de otros bienes y/o servicios con diversos valores, agrega, por un lado, ambigüedad y confusión para el potencial comprador, quien no tiene por qué conocer a qué corresponden las variaciones en los precios y, por el otro, evidencia que la expresión resulta incompleta al no reflejar el precio total de contado correspondiente al valor del producto".

La decisión marca un precedente jurisprudencial muy importante en la materia. Cabe destacar que lo resuelto viene a arrojar luz y seguridad económica a los potenciales consumidores publicitarios. En un sentido concordante a lo dictaminado en la presente causa, la misma Sala había decidido previamente (33) que el consumidor "no tiene por qué conocer a qué responden las variaciones en los precios" y que la conducta sancionada "evidencia que la expresión "desde "resulta incompleta al no reflejar el precio total de contado correspondiente al valor del producto".

Respecto al engaño detectado el fallo recuerda que "dichas infracciones son formales, y su verificación supone por sí la responsabilidad del infractor, sin que requiera la producción de un daño concreto sino simplemente 'pura acción' u 'omisión'; por ello su apreciación es objetiva y se configuran por la simple omisión que basta por sí para violar las normas" (34).

Estos fallos novedosos profundizan un criterio y se unen a otros casos sobre el particular (35).

IV.- La reciente Ley N° 4827 de la CABA.

En estos días la Legislatura Porteña sancionó la modificación al art. 4 de la ley 4827 antes citada, con el fin de que, entre otros, los kioscos y maxikioscos de la Ciudad de Buenos Aires exhiban los precios de sus productos

de manera clara y visible.

La modificación destaca en sus fundamentos que "La exhibición de los precios deberá efectuarse por unidad, en forma clara, visible, horizontal y legible. Cuando se realice mediante listas, éstas deberán exponerse en los lugares de acceso a la vista del público, y en los lugares de venta o atención a disposición del mismo".

Asimismo, en la nueva redacción del art. 4, quedó determinado en un agregado que "En ningún caso se impedirá el acceso de los consumidores a los precios exhibidos, previo a la decisión de compra de los bienes comercializados".

Cabe destacar que el artículo 5° de la Ley citada determina que "En el caso de bienes muebles, la exhibición se hará sobre cada objeto, artículo, producto o grupo o conjunto de una misma mercadería que se encuentre expuesto a la vista del público. Cuando por la naturaleza o ubicación de los bienes no sea posible, deberá utilizarse lista de precios", es importante conjugarlo con el texto modificado, pues obviamente la exhibición de precios debe efectuarse "...sobre cada objeto...o grupo o conjunto de una misma mercadería...".

Los precios, cuando los bienes estén exhibidos aptos para ser comercializados siempre deben estar expuestos, a fin de que el potencial adquirente pueda ejercer su derecho a la libertad de elección.

Tanto la Ley 4827 de la Ciudad de Buenos Aires, como la normativa nacional vigente, solo exceptúan de la obligatoriedad de exhibir precios al comercio de alhajas, obras de arte, antigüedades y pieles "naturales".

En los fundamentos del dictamen de la ley se enfatiza la existencia de una práctica que se venía observando en los últimos meses por parte de muchos kioscos mediante la cual si un consumidor quería adquirir un producto no podía conocer el precio antes de que el empleado lo pase por un lector de barras cuya pantalla, además, no permitía en la mayoría de los casos la lectura por parte del consumidor. Con lo cual habitualmente se daba el caso que al adquirir más de un producto el consumidor no conocía el precio de cada uno de ellos y ni siquiera recibía dicha información al generarse la cuenta.

Este tipo de prácticas viola los principios rectores en materia del deber de información previa consagrados tanto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, como en el artículo 46 de la Constitución de la CABA y que se encuentran plasmados en la normativa de consumidores y usuarios, tanto local como globalmente, ya que imposibilita que el potencial consumidor conozca a simple vista (como sí lo puede hacer en góndolas de supermercados, o vidrieras de comercios) el precio de los bienes exhibidos para su comercialización.

Cabe mencionar por otro lado que la exhibición destacada de carteles con leyendas del estilo de "Vidriera en Reparación" o "Vidriera en Preparación", efectuada por comercios que buscan evitar exhibir precios, es contraria a la ley. Las vidrieras se "preparan o reparan" fuera del horario de atención al público.

V.- Corolario.

El acceso a información es un tema fundamental que el derecho de defensa de consumidores y usuarios garantiza y regula.

Se trata de un imperativo de la buena fe en las relaciones negociales en cuyo contexto el precio es uno de los elementos fundamentales.

Atiende al favor debilis u orden público de defensa del más débil (en este caso quien posee menor información).

Asimismo, resalta un aspecto fundamental de nuestro derecho: la antijuricidad de viciar la voluntad. Ello sucede cuando no existe información cierta.

De allí la importancia de la información y, entre sus requisitos mínimos, el precio. Es un presupuesto fundamental de la defensa de los consumidores.

El precio debe ser cierto e informado, ya que de lo contrario se producen situaciones como las que vienen a solucionar los fallos y la ley comentadas en este artículo.

No se pueden acudir a artilugios como la palabra "desde" ya que el precio debe ser uno y cierto en cada caso. Asimismo, no se puede ocultar al consumidor el precio, ya que el mismo debe estar exhibido y accesible ni las condiciones esenciales de una operación (como en el caso de la Inmobiliaria).

De lo contrario, el consumidor no sabrá lo que debe pagar o se verá impedido de conocer las reales condiciones de lo que está adquiriendo.

En ese caso, no tendrá su voluntad la claridad necesaria para formar como componente el acto jurídico.

Si ello sucediera, sería antijurídico y la penalidad de nuestro sistema jurídico es la invalidación.

Creemos que estas novedades contribuyen a fortalecer la seguridad jurídica de los contratantes consumidores, aclarando el alcance de sus derechos.

Notas al pie.

1) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Consumidores" (Segunda Edición), Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2009.

2) WEILL, Alex y TERRE, Fracois, "Droit Civil, Les obligations", Paris, 1986, N° 247.

3) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Defensa del Consumidor. Ley 24240", Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998.

4) CN Civ. sala B, 24/09/86, "Königsberg, Alejandro V. y otra C./ Almagro Construcciones S.A."

5) SANCHEZ FERRIZ, Remedio, "Estudio sobre las libertades", Tirant lo Blanch, Valencia, 1989).

6) LORENZETTI, Ricardo, "Las normas fundamentales de Derecho Privado", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995).

7) Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008.

8) HEREDIA, Pablo D., "El derecho transitorio en materia contractual", RCCyC, Revista Código Civil y Comercial, La Ley, pág 14.

9) Lorenzetti ("Consumidores" op cit) quien además refiere que Sauvy posee un risueño ejemplo con relación a la información y al empleo: supongamos que hay un almacén con 3000 pares de zapatos y que 3000 personas entran allí para encontrar el par de zapatos que quieren; si los 3000 pares de zapatos están colocados al azar la probabilidad de que cada persona encuentre el calzado que pretende será extremadamente pequeño (SAUVY, Alfred, La máquina y el paro - empleo y progreso técnico, Espasa Calpe, Madrid, 1986).

10) CCiv y Com Sala III, Rosario, 28/2/1997, "Moriconi, Marcelo y otra c/ Banco Argencoop Ltda", Revista La Ley, 1999-B-273.

11) FERNANDEZ AREAL, "Introducción al derecho a la información", Ate, Barcelona, 1977).

12) Lorenzetti, "Cosumidores", op cit.

13) Lorenzetti, "Consumidores", op cit.

14) Lorenzetti, "Consumidores", op cit.

15) Aida Kemelmajer de Carlucci, Publicidad y Consumidores, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Consumidores, Rubinzal Culzoni Ed., año 1994, pág. 67, en citas a Ghidini Gustavo, La réclame menzognera come atto de concorrenza sleale, en Rivista de Diritto Civile, anno XIII, Cedam, Padova, 1967-I-406 y MORELLO; STIGLITZ R. S.y STIGLITZ G. A., Información al consumidor y contenido del contrato, en Información al consumidor y contenido del contrato, en Revista Derecho del Consumidor, Juris, Rosario, 1991, N° 1, pa 34.

16) Lorenzetti, "Consumidores", op cit.

17) CN Civ. sala B, 24/09/86, "Königsberg, alejandro V. y otra C./ Almagro Construcciones S.A."

18) Doctrina de esta sala in re "Medicus S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones Res. -DNCI 39/96", del 08/10/1996 y "Ciancio, José María c. Resolución 184.597 - Enargas (Exp. 3042/97) del 22/10/98) y el principio in dubio pro-consumidor ...". (CNFed Cont. Adm., Sala II, 07/10/1997, Asist. Med S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones.

19) CNCAF, Sala II, "Dominique Val c/ DNCI", 24/7/2008, Fuente: www.diariojudicial.com/contenidos/2008/09/23/noticia_0007.html.

20) CNCAF, Sala V, "COTO Centro Integral de Comrcialización S.A. c/ DNCI", de mayo de 2014. Fuente: www.diariojudicial.com/contenidos/2014/05/13/noticia_001

21) GOMBRICH, E.H., "Breve Historia del Mundo", Yale University Press, 2008.

22) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Contratos, Parte Especial, Tomo I", Rubinzal

Culzoni Ed., pag. 141.

23) Destaca el pago en dinero. Cabe mencionar asimismo que el artículo 2° de la Resolución 7/SCDyDC/02, complementaria de la Ley de Lealtad Comercial N° 22.802- determina que: "Quienes ofrezcan bienes muebles o servicios a consumidores finales deberán indicar su precio expresado en moneda de curso legal y forzoso en la República Argentina- pesos. El mismo deberá ser de contado en dinero efectivo y corresponderá al importe total que deba abonar el consumidor final".

24) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II, 18/12/1.997, "Carrefour Argentina S.A. c/ G.C.B.A. s/ otras causas...Causa 548/0.

25) Del voto del Dr. Corti, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II, "DIA Argentina S.A. c/ G.C.B.A. s/ otras causas...", Causa N° 482/0.

26) CApel CayT CABA, Sala II, 7/9/2007, "COTO S.A. s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", fuente:

www.iprofesional.com/notas/56874-la-justicia-portea-falla-contra-Coto-por-publicidad-enganosa 27) Expte.N° 2765/00- "Marusia S.R.L. c/GCBA s/Otras Causas con trámite directo ante la Cámara de Apel."-Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -Sala III-22.05.2015.

28)El Director General de Defensa y Protección del Consumidor mediante la disposición cuestionada sancionó con una multa de pesos quince mil (\$15.000) a Marusia S.R.L.o(Inmobiliaria Izrastzoff). Consideró que la Empresa denunciada había infringido lo establecido por el Art.4° de la Ley N° 24.240, al no haber suministrado información cierta, veraz y objetiva al denunciante, respecto de las dimensiones del bien inmueble En Venta en la calle Juez Tedín de esta ciudad. Sostuvo que -según la documentación obrante en las actuaciones-, la inmobiliaria denunciada no habría Informado que a la Vendedora le faltaba Escriturar el jardín`ensanchadoodel predio en venta.

29)Asimismo, se consideró evidente que:"De las constancias obrantes en las actuaciones administrativas surge que:(i)Los croquis del predio sito en la calle Juez Tedín, incluyen el ensanchamiento del jardín (la porción comprada al ONABE mediante Boleto de Compraventa y hasta ese momento no escriturada)por la propietaria del inmueble -Sra.N-; (ii)La operación por la que"Marusia SRL"facturó una comisión al denunciante -Sr.B.-fue "intermediación inmobiliaria por la compraventa del citado Inmueble", (iii)La empresa sancionada entró en conocimiento de que la Fracción de Jardín agregada no estaba escriturada, con posterioridad a la firma del Boleto de Compraventa, es decir,después de haber asesorado al denunciante -Sr.B.-; (iv) El Dr.S. -apoderado de la Sra.N.-propietaria y vendedora del predio-, señaló:"No está en duda que el terreno adicional es parte de la Venta"; (v) Marusia SRL fue imputada con la infracción del Art.4° de la Ley 24.240 y, con posterioridad a presentar el descargo y a la producir la prueba".

30) En el fallo se sostuvo que "La Ley 24.240 tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios, es decir, personas físicas o jurídicas que contraten a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo fliar o social, entre otros supuestos, la adquisición o locación de cosas muebles, la prestación de servicios y la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda (conf. Art.1°, Ley 24.240, redacción original)-. Si bien fue reformada por la Ley N° 26.361 (B.O.: 7/4/2.008), las modificaciones que ella introdujo, no se aplicarían al presente caso, dado que no se encontraba vigente al momento en que se produjeron los hechos, por los cuales fue sancionada la actora". Asimismo, "Tal como surge del Art.1° de la norma, entre las operaciones contractuales alcanzadas por el régimen se encuentra la prestación de servicios. En el caso, Marusia SRL no llevó a cabo la venta del inmueble, sino que prestó sus servicios como intermediadora entre entre la vendedora y el comprador. La norma aplicable, entonces, es la Ley 24.240-texto original-Art.1°, inc.b) (prestación de servicios), y no c) (adquisición de inmuebles nuevos) como pretende la recurrente".

31) Causa N° 29543/2014, iniciada contra Falabella S.A.

32) Cabe recordar que hasta hace unos años, conforme lo normado por el artículo 22° de la Ley Nacional de Lealtad Comercial 22.802, las sanciones por infracción a la normativa de exhibición y publicidad voluntaria de precios se podían apelar ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal Económico. Luego, por ley 26.361 se determinó en el año 2008 que las sanciones aludidas se puedan recurrir ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y

Federal. Recientemente, conforme la Ley 26.993 recientemente reglamentada, se dispuso que las apelaciones se formalicen por vía de recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo.

33) Causa "Luis Losi SA c/ DNCI", sentencia del 08/10/13 y también la Sala V del mismo fuero, en causa "Cencosud y otro c/ DNCI", sentencia del 03/06/14.

34) Conf. Sala III, "Supermercados Norte c/DNCI" sentencia del 9/10/06.

35) CCiv y Com Sala III, Rosario, 28/2/1997, "Moriconi, Marcelo y otra c/ Banco Argencoop Ltda", Revista La Ley, 1999-B-273; CNCAF, Sala III, "INC S.A. c/ DNCI s/ Defensa del Consumidor", Fuente: Diario Judicial; (CNCAF, Sala II, "Dominique Val c/ DNCI", 24/7/2008, Fuente: Diario Judicial ;CNCAF, Sala V, "COTO Centro Intgral de Comercialización S.A. c/ DNCI - Disp 72/13", Mayo de 2014, Fuente: Diario Judicial; CCAYT, Sala I, 13/9/2007, "Asociación de Supermercados Unidos c/ GCBA s/ Amparo (Art 14 CCABA)", Fuente: Diario Judicial; CNCAF, Sala I, 4/12/2014, "List, Sandra Melisa c/ DNCI", Fuente: Diario Judicial; CApel CayT, Sala II, 7/9/2007, "COTO S.A. C/ GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", Fuente: iprofesional; CNCAF, Sala V, 17/12/2014, "DIA Argentina S.A. c/ DNCI s/ Recurso Directo de Organismo Externo", Fuente: Diario Judicial (NOVICK, Marcela S.M., "Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo. Ley 26.993: Análisis y Comentarios de las Disposiciones del Código Civil y Comercial: Teoría y Práctica", 1ra. Edición, Ciudadada Autónoma de Buenos Aires, Jurídicas, 2015).

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 9 DE SETIEMBRE DE 2015

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 22.802, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.10, Ley 24.240 Art.21, Ley 24.240 Art.36 al 37, Ley 24.240 Art.37, LEY 26.994 Art.265, LEY 26.994 Art.267, LEY 26.994 Art.271, LEY 26.994 Art.272, LEY 26.994 Art.961, LEY 26.994 Art.1092, LEY 26.994 Art.1100, LEY 26.994 Art.1101, LEY 26.994 Art.1103, LEY 26.994 Art.1123, CONSTITUCION DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.46, LEY 4827

Ref. Jurisprudenciales: "KONIGSBERG ALEJANDRO VICENTE Y OTRA c/ ALMAGRO CONSTRUCCIONES S.A. s/ NULIDAD DE ACTO JURIDICO", CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL, sala B, 24/09/1986

El renacimiento del Derecho del Consumidor: La nueva regulación de la ley 26.993

CHOMER, HÉCTOR OSVALDO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 13 DE AGOSTO DE 2015

TEMA

CONSUMIDORES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RELACION DE CONSUMO-SERVICIO DE CONCILIACION PREVIA EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

TEXTO

I. INTRODUCCIÓN:

He sostenido reiteradamente que uno de los peores defectos de una legislación puede ser el constituir sólo una mera declaración de principios sin efectividad ni operatividad concreta.

Esto es, los derechos no solamente deben ser reconocidos y declarados por la ley, sino que tal normativa, además, debe implementar un sistema para asegurar la vigencia de aquellos y, en su caso, el modo efectivo de reclamar para que se respeten los principios instituidos.

En tal sentido, se ha sostenido, en consideración que comparto, que "...El derecho del consumidor, por su propia naturaleza y por mandato constitucional, requiere mecanismos y procedimientos que atiendan adecuadamente las situaciones que se producen y que a veces no encuentran solución en los sistemas tradicionales. Estos a su vez tienen que cumplir con el requisito de eficacia, que implica la posibilidad de obtener una respuesta del sistema a los reclamos del consumidor en tiempo, modo y condiciones de acceso que no desnaturalicen la protección de los derechos...Tenemos por acertada la expresión que reza osi no hay garantía no hay derecho o que los derechos son lo que las garantías quieren que sean. La existencia de instrumentos efectivos para la defensa de los derechos hace a su plena vigencia y ejercicio. Sin éstos, los derechos constitucionales serían un auténtico catálogo de ilusiones..." (2)

En cuanto ahora interesa analizar, ciertos esquemas de la ley 24.240 permanecen en la simple declaración, pues sea por una inadecuada visión del intérprete o sea por una defectuosa redacción, pareciera que la ley no alcanza a cumplir sus objetivos.

Para explicar esto, me aferro a un caso que considero sino paradigmático, por lo menos muy usualmente propuesto a la jurisdicción y que provoca soluciones tan diversas como opuestas y que guarda íntima conexión con la ley 26.993 recientemente sancionada.

El ejemplo identificado reside en la, a mi modo de ver, errónea idea de que los casos homogéneos propuestos por Asociaciones u otros sujetos legitimados (3) carecen de la posibilidad de transar la eventual controversia ante un mediador (4).

La dificultad que plantea ese parecer es clara, pues la economía de la transacción en la mediación, siempre es más conveniente que litigar largamente; mas luego abundaré sobre esto último.

Destaco ahora como mera advertencia introductoria que la ley 26.993 introduce sin cortapisas la conciliación previa en los reclamos de consumo sin excluir aquel tipo de reclamos y como lo he preanunciado en el título de este breve comentario, tanto en dicho procedimiento conciliatorio como en lo procesal del fuero creado, se reaviva la protección adecuada del consumidor generando el renacimiento de un derecho que si no estaba muerto, por lo menos dormía en coma.

De seguido, trataré de abordar breve pero lo más profundamente posible, el

comentario de aquellas nuevas reglas que remozan lo paralizado y dan la oportunidad a los usuarios-consumidores de ejercer efectivamente los derechos consagrados constitucionalmente.

Pero dado lo acotado de esta posibilidad autoral, sólo me concentraré en la etapa conciliatoria y el proceso judicial, dejando para otra oportunidad la alternativa administrativa.

II. LA MEDIACIÓN PREVIA (un poco de historia):

Como introducción al novedoso tema de la ley 26.993 es necesario advertir sobre la situación existente antes de su vigencia e implementación del llamado COPREC.

Tal, fundamentalmente en cuanto concierne a acciones colectivas, presentaba extremadas dudas sobre la necesidad de una mediación en casos semejantes.

Empero, era sabido que la ley 24.573:1 instituyó con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio.

De la detallada lectura y minucioso análisis comparativo de la ley 24.573 y de la ley 24.240 (modificada por la ley 26.361), no se advierte que las acciones colectivas o de clase que pretendan iniciar las asociaciones de usuarios y consumidores, se encuentren exentas del obligatorio trámite de mediación previa al juicio.

Ni la ley 24.573: 2, ni la ley 24.240:54, exceptuaban expresamente de la mediación a dichas pretensiones.

2. De todos modos y además de ese argumento estrictamente apegado a la letra legal, aparece relevante advertir que el artículo 45 de la ley 24.240, permitía instar acciones administrativas a quien hubiera invocado la defensa de un interés general de los consumidores (esto es, por ejemplo, las asociaciones de consumidores, pues así lo prevén los arts. 45 y 46 de dicha legislación).

Ese artículo 45 establecía la "...Prevía instancia conciliatoria..." que se desarrollaría en sede administrativa y en la que, es obvio, las asociaciones podían formular acuerdos, los que, eventualmente incumplidos, podían determinar la consecuente aplicación de lo previsto por el artículo 46 de la ley 24.240.

En suma, síguese de aquello que si previo al proceso administrativo se previa una conciliación en la que podría participar quien representaba un interés general, no parece desacertado concluir en el sentido de que también debía ese representante, el transitar por la mediación previa al proceso judicial.

Porque, en cualquier caso (sea con la conciliación administrativa o la mediación previa al proceso judicial), se trataba de evitar la contienda prolongada y facilitar la resolución de los conflictos del modo más favorable a los interesados, con ahorro de tiempo y recursos, no solo para los eventuales litigantes, sino para el Estado.

3. 1. Podría argumentarse la excusa de que el Ministerio Público no podría ejercer su control de legalidad (ver art. 54), más la respuesta es sencilla: tampoco la ejerce en sede administrativa y se homologan acuerdos a montones, sin queja visible o dificultad grave que se haya detectado.

Además, se trata de contextos muy diferentes: el previsto por el art. 54 refiere a la transacción o acuerdo celebrado en el marco de un proceso ya iniciado y prevé la consecuente vista al Fiscal; mas eso es absolutamente diferente a la conciliación que podría celebrarse ante el mediador, donde no cabe actuar, no solo al Fiscal, sino tampoco al magistrado al que eventualmente se asignará luego el expediente en caso de fracasar la mediación.

Porque es del todo obvio que no cabe al Fiscal (ni al juez) actuar en la

mediación previa que no constituye "proceso" sino una vía extrajudicial preliminar y abreviada de búsqueda de coincidencias a fin de procurar una conciliación que evite el juicio.

3. 2. La otra excusa concierne más bien a un aspecto de conveniencia del demandado.

Porque es extremadamente dudoso que a la transacción en sede administrativa se le aplique el sistema op out del artículo 54; con lo cual el acuerdo no atraparía al más amplio universo de consumidores, sino que al limitarse o reducirse ese contorno, siempre podría quedar la duda de la utilidad o eficacia del acuerdo, pues existe la posibilidad de que los reclamos se reprodujeran sin límite ni tope como es el de la cosa juzgada.

Ahora bien, la primera respuesta a eso sería que si el acuerdo es favorable a los consumidores, no habría que preocuparse demasiado porque probablemente no haya quien reclame por fuera de tal acuerdo transaccional.

La otra respuesta viene anunciada: es claro que el acuerdo dejará siempre abierta la posibilidad de que los disconformes demanden individualmente.

Mas ese problema también se presenta en la transacción intentada en el proceso judicial, pues nada asegura que los consumidores queden sumisos a la propuesta, pudiendo receder en masa haciendo uso de la opción que confiere el artículo 54.

4. En fin, nada descartaba legalmente la necesidad de la mediación previa al juicio y hasta parecía muy conveniente transitarla para evitar antieconómicos reclamos judiciales, solventables más sencillamente en sede administrativa o ante el mediador.

5. Todo esto con relación a las acciones colectivas y, claro, en el esquema anterior a la vigencia e implementación de la ley 26.993.

Las dudas que quedan tras esta breve relación meramente histórica son las siguientes:

(Quedan las acciones colectivas comprendidas en las reglas instituidas por la ley mentada?

O, por decirlo de otro modo que propone una duda preliminar (Será competencia del nuevo fuero el conocer en dichos planteos?

Y Por fin...(Cuál es la ventaja que depara esta nueva legislación para la solución de los conflictos en las relaciones de consumo?

Tras una escueta exposición de lo sancionado como nueva ley vigente, procuraré responder dichos interrogantes en el corolario final.

III. El nuevo Servicio de Conciliación obligatoria:

Invirtiendo el orden de las consultas anteriores y procurando develar el segundo de los interrogantes antes anotados, comenzaré el análisis específico de la ley 26.993.

En primer lugar, se advierte que la conciliación obligatoria que se prevé ante el nuevo servicio, cuenta con ventajas notables por sobre otros sistemas anteriormente plasmados legislativamente.

El COPREC estará compuesto por el elemento humano y profesional provisto por el Registro Nacional de Conciliadores en las Relaciones de Consumo que funcionará en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Los Conciliadores que se inscriban en dicho Registro deberán cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 4 de la ley 26.993.

Entre los que se destaca su equiparación con la figura del Mediador y exigencia de los recaudos que resultan de la ley 26.589.

Tales Conciliadores, una vez admitidos por el Ministerio, formarán el cuerpo decisorio de los conflictos que se presenten necesaria e ineludiblemente antes de toda instancia administrativa o judicial (art. 2 de la ley 26.993).

El Cuerpo de Conciliadores intervendrá en los reclamos que conciernan a derechos individuales de los consumidores (lo cual, como luego se verá, no excluye a los homogéneos), fundados en relaciones de consumo, cuyo monto no exceda de cincuenta y cinco salarios mínimos vitales y móviles (art. 2 de la ley 26.993).

El artículo 3ro de la nueva ley establece inequívocamente la gratuidad del procedimiento conciliatorio para el consumidor, siempre que éste se ajuste a las reglas del inciso a) del artículo 7mo.

Por ende, si el conciliador es sorteado la secuencia conciliatoria será enteramente gratuita (salvedad hecha de la primera notificación a cargo del usuario reclamante) y si se adoptaran otras alternativas, como elección directa del conciliador, se apartará tal gratuidad.

Como anticipé el conciliador podrá ser sorteado tras el reclamo, mas también es posible que sea designado por acuerdo de partes, siempre entre los registrados, o, alternativamente, a propuesta del consumidor y conformidad del reclamado prestador o proveedor.

La asistencia letrada no es obligatoria, más el Conciliador que detecte que la complejidad del asunto o cualquier otra circunstancia que haga necesario tal respaldo, lo hará saber a las partes (art. 9no de la ley 26.993).

Agrego yo que el Conciliador no debiera proseguir actuando hasta que las partes presenten tal asistencia, pues, en caso contrario, se correría el riesgo de nulidad de lo actuado.

Incluso, se establece que la autoridad de aplicación contará con un servicio de patrocinio gratuito (art. 9no de la ley 26.993), al que, en aquel caso y detección, considero que el Conciliador debería derivar las actuaciones y, sólo una vez asumida y aceptada la asistencia, proseguir el trámite.

Dos ventajosas novedades adopta el sistema:

1. La notificación electrónica; y
2. La validez de las notificaciones efectuadas en los domicilios declarados en la Inspección de Personas Jurídicas (Registro Público de Comercio), Tributario fiscal o de la Cámara Electoral.

La única excepción a esto y a la gratuidad del sistema, la constituye la inicial comunicación citando al comerciante o prestador convocado a la primera audiencia, la cual tendrá que hacerse por un medio fehaciente o personalmente.

Por lo que, considero, el consumidor deberá enviar carta documento o intentar una comunicación por acta notarial. Acaso este paso pudo ser obviado implementando o extendiendo el régimen notificadorio posterior, disponiendo que fuera válida la comunicación simple efectuada por el COPREC a los domicilios comerciales o fiscales constituidos por el convocado. Más pienso también que el paso del tiempo y la efectiva implementación del sistema disipará escollos y hasta podría encontrar una solución más sencilla y gratuita que aportara el propio Ministerio de Justicia.

En definitiva, constituye "...un gran paso adelante la admisión de la notificación por correo electrónico para las comunicaciones posteriores a la primera audiencia; y muy positivo algo que se dimensionará realmente en la práctica, que es el carácter de válido del domicilio fiscal, electoral o el inscripto en el Registro de Comercio, dando por sorteado el gran obstáculo que muchas veces se ofrece tan sólo al empezar, que es el de hacer saber el reclamo al requerido de odudoso u ocultable domicilio..."(5)

Los convocados deben comparecer personalmente sin perjuicio de la asistencia letrada con la que puedan contar y las personas de existencia idal lo podrán

hacer a través de sus representantes legales o directores, socios, administradores o gerentes, siempre que tengan mandato suficiente para realizar transacciones (art. 11 de la ley 26.993).

La incomparecencia del comerciante o prestador dará lugar a que se le aplique una multa, cuya tercera parte corresponderá al consumidor. Pero si la ausencia fuera justificada podrá fijarse una nueva audiencia. En ambos casos, fracasada de ese modo la conciliación, se disparan los consecuentes efectos (el consumidor queda habilitado a litigar administrativa o judicialmente).

Por fin y en el caso de que las audiencias se hayan celebrado, llega la etapa final, en la que o se alcanzó consenso solutorio del conflicto o, alternativamente, persiste la disidencia y habrá que pensar si tal se sostiene luego ante los auditores o directamente ante la Justicia en las Relaciones de Consumo (art. 12 de la ley 26.993).

En la primera y más feliz de aquellas hipótesis (esto es, el acuerdo), se procederá a pasar lo acordado para su homologación por parte de la autoridad de aplicación.

Puede suceder que ello no sobrevenga por existir observaciones (art. 14 de la ley 26.993), en cuyo caso el conciliador procurará adecuar el acuerdo con las partes.

Cuadra aclarar que la autoridad puede observar el acuerdo en caso de considerar (fundadamente, creo yo) que no se trata de una justa solución para el conflicto y esto es adecuado al carácter de orden público de la ley 24.240.

En el segundo de los casos en que fracase la conciliación y persista la situación controversial, será alternativa del consumidor optar entre acudir a la Auditoría o a la Justicia.

En caso de incumplimiento del acuerdo, se puede proceder a su ejecución conforme Cpr 500 (modificado por la ley 26.993).

Como se ve y abstracción de los breves plazos instituidos para la negociación y pronunciamiento homologatorio o alternativas objeciones, se trata de un proceso extrajudicial, formal y acotado que beneficia los acuerdos, asegurando la protección del consumidor.

IV. La Justicia en las Relaciones de Consumo:

En cuanto al proceso sólo explicaré o, por mejor decir, despejaré dudas. Las dudas de quienes parecen sospechar que no fuera posible tramitar en tan breve plazo un proceso y encuentran supuestas lagunas y/o escollos impidientes.

Se trata de un procedimiento oralizado, pero, a mi juicio, esa no constituye la mayor de las ventajas, sino la vinculación directa de los protagonistas.

Es que, con independencia de otras reglas procesales que exigen la presencia del juez en ciertas audiencias (Cpr 360), lo cierto es que en la nueva legislación el magistrado deberá actuar presencialmente, no ya para intentar un nuevo acercamiento de las partes, sino para proveer pruebas y/o dictar sentencia en la misma audiencia.

No ingresaré en las eventuales patologías que como graves escollos han impedido a los jueces actuar de ese mismo modo en los procesos de conocimiento regulados en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sino que simplemente diré que es posible actuar del modo y en los tiempos previstos por la ley 26.993.

Claro que lo fructífero de eso dependerá del caudal de conflictos que sobrevenga y que los 8 Juzgados creados den abasto; porque a ningún mortal se le pueden exigir milagros.

Pero en esta etapa preliminar de organización e implementación no es serio sostener haciendo futurología, que será imposible atender y decidir los casos

en plazos tan acotados.

Si debo reconocer ciertas inconsistencias en la regulación. Pero las aparentes lagunas o contradicciones se resuelven muy sencillamente aplicando el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 57 de la ley 26.993).

Por ejemplo, nada se dice sobre cómo actuar en caso de contumacia del comerciante.... Lo que algunos ya dramatizan previendo que se paralizará el procedimiento.

Pero a mi juicio, eso se resuelve muy simplemente aplicando supletoriamente la rebeldía del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 59 y stes).

Y el trámite de la apelación en Cámara? Nada dice la ley 26.993, por lo que debe adoptarse igual solución a la anterior y aplicar el trámite escrito del recurso libremente concedido.

Se sostiene que será inviable producir toda la prueba en la audiencia fijada conforme art. 53, incisos e) y f).

Por cierto que en ciertos casos como los conflictos en que se debate una diferencia de calidad de la cosa, la prueba central reside usualmente en una peritación; y es poco probable que tal pueda producirse en la audiencia o antes de ella.

Pero eso no será escollo, pues el juez tiene la potestad de prorrogar brevemente los plazos (art. 53, inc. f), para que tal pericia sea producida antes de la segunda audiencia convocada a los efectos de considerar las conclusiones de tal labor profesional.

Como se ve, con buena voluntad y una interpretación flexible, se puede encontrar solución a los aparentes problemas que algunos detectan.

Será competencia de los jueces del nuevo fuero resolver prontamente dichas cuestiones meramente procesales a fin de evitar la desnaturalización del sistema.

V. Cierre provisional:

Provisional porque, sin perjuicio de la operatividad de la ley, podremos seguir debatiendo fértilmente y allegar soluciones tras la experiencia empírica que den los primeros pasos del nuevo fuero.

Sin perjuicio de eso, y como corolario a lo expuesto y solución a alguno de los interrogantes antes expuestos, debo aclarar que no soy ingenuo y veo algunos grandes problemas en la propuesta que reclama la mediación para los casos colectivos.

En respuesta a esos problemas y dudas fue que considero se sancionó la ley 26.993, no solo para acelerar la resolución de conflictos individuales de consumo en general, sino específicamente, para dar una solución a los colectivos.

Creo que el legislador consideró dos alternativas bien claras.

O se entrenaban mediadores especializados y muy controlados por el Ministerio de Justicia o, alternativamente, la autoridad de control asumía directamente la actividad conciliadora en sede administrativa.

Y creo también que fue correcta la opción para fuera ésta última la que se implementara, pues la autoridad ya debe contar con cierta infraestructura y personal entrenado, siempre que se asegurase una no muy compleja burocracia y, por sobre todo, independencia, honestidad y ecuanimidad.

Y en cuanto a la pregunta referida a si en ese sistema aparece incluida la negociación colectiva, a mi juicio, debe ser respondida afirmativamente.

Veamos porqué.

El artículo 2 de la ley 26.993 prevé que el COPREC atenderá los "reclamos de

derechos individuales de consumidores o usuarios..." fundados en conflictos en las relaciones de consumo, cuyo monto no exceda los cincuenta y cinco (55) salarios mínimos vitales y móviles.

La frase adoptada por el legislador pareciera aludir a la protección del consumidor que mantuviera conflicto con base en algún problema suscitado en las relaciones de consumo y pretendiera presentarlo individualmente ante el sistema de conciliación.

Esto es, pareciera aludirse sólo a los conflictos entre el consumidor (directo) y un proveedor, prestador o vendedor, lo que excluiría a los conflictos (colectivos) presentados por las asociaciones de consumidores.

Pero luego el artículo 51 (Legitimación activa para acciones y recursos ante el fuero en las relaciones de consumo), prevé que podrán iniciar acciones o deducir recursos, tanto el consumidor como las asociaciones de consumidores legalmente registradas y consecuentemente autorizadas.

Y el anterior artículo 50 dispone que es requisito de acceso a dicha instancia jurisdiccional que el demandante acredite haber transitado previamente por la conciliación previa ante el COPREC.

La aparente contradicción que resulta de la supuesta exclusión inicial se resuelve, a mi juicio, en el sentido de que si la ley luego autoriza a litigar a las asociaciones y hasta al Defensor del Pueblo, e impone como recaudo de procedibilidad la conciliación previa ante el COPREC, en rigor, las acciones colectivas deben transitar por tal sistema de resolución de conflictos.

En primer lugar, porque no tendría sentido legitimar activamente a las asociaciones si se las priva de conciliación previa, pues nunca accederían a la instancia judicial por faltarles dicha etapa preliminar.

En segundo lugar, porque es inequívoco que tales asociaciones litigan en defensa de intereses colectivos, al igual que el Defensor del Pueblo.

No desconozco que también podrían defender derechos subjetivos de un particular afectado (art. 52, ley 24.240), mas eso no agrega ni quita nada.

Porque la frase que alude a los "reclamos de derechos individuales..." (art. 2do) no excluye los reclamos colectivos instados por las asociaciones, porque éstas también se presentan para defender intereses individuales, más, en casos, de carácter homogéneo (6).

De modo que pretender que se excluya del sistema de conciliación al reclamo de una asociación presentada en defensa de intereses individuales homogéneos, significaría conceder a la ley una cortapisa que no prevé clara y concretamente.

Y, por sobre todo, lo importante es que tales reclamos, si se dirimen rápidamente ante el COPREC, reportarán un claro beneficio para los consumidores en general.

Hoy tenemos una legislación que materializa los principios protectores de la ley 24.240, alejando el fantasma simplemente principista o declarativo de aquellas reglas consumeristas, sepamos aprovechar la oportunidad y, sin dejar de aportar ideas para mejorar la novedad, impulsemos su operatividad en defensa de los usuarios y consumidores, esto es, en resguardo de todos.

Notas al pie:

1) Profesor Titular Regular Facultad de Derecho UBA. Juez Nacional en lo Comercial.

2) Tambussi, Carlos Eduardo. "Nuevos mecanismos de garantías en el derecho del consumo. Primer abordaje a la ley 26.993", La Ley, suplemento del 1.10.14, Tomo 2014, E.

3) La Ley 24.240 no es precisa y ello constituye otro grave defecto; porque no solo no se sabe con precisión las controversias que podrían ser consideradas como "homogéneas" y ser pretensiones invocables en juicio por

sujetos especialmente legitimados para ello, sino que tampoco se encuentra definido con exactitud el contorno de tales posibles demandantes. Como el análisis de ambos temas excede esta presentación, recomiendo la lectura de Fallo CSJN, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986, 24/02/2009", Picasso-Vazquez Ferreira, "Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada", Pag. 585, Tomo I, 2009. Roland Arazi, "El afectado como legitimado activo en las acciones colectivas", L.L., Tomo 2013-B.

4) Por caso la CNCom, Sala B, Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/BBVA Banco Frances SA S/Ordinario, 30/06/2009 ha sostenido que los procesos colectivos propuestos por una Asociación autorizada a litigar, no quedan sometidos a la ley de mediación y, por ende, pueden accionar sin antes transitar dicha etapa preliminar.

5) Tambussi, Carlos Eduardo. "Nuevos mecanismos de garantías en el derecho del consumo. Primer abordaje a la ley 26.993", La Ley, suplemento del 1.10.14, Tomo 2014, E.

6) Saézn-Silva en "Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada", dirigida por Picasso-Vazquez Ferreyra; página 690 y stes. La Ley, Buenos Aires, 2009.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 13 DE AGOSTO DE 2015

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.360, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.45, Ley 24.240 Art.46, Ley 24.240 Art.52, Ley 24.573, LEY 26.361, LEY 26.589, LEY 26.993, LEY 26.993 Art.2, LEY 26.993 Art.4, LEY 26.993 Art.9, LEY 26.993 Art.11, LEY 26.993 Art.12, LEY 26.993 Art.14, LEY 26.993 Art.57

Código Civil y Comercial: Incidencia del Título Preliminar en el Derecho del consumo

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 23 DE JULIO DE 2015

TEMA

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

TEXTO

1. En anteriores oportunidades he ofrecido algunos comentarios relativos a la incidencia del proyecto y del nuevo Código Civil y Comercial (CCC), en materia consumerista (1). En este caso profundizaré, en la medida de mis posibilidades, los pormenores de la influencia del Título Preliminar del CCC en el Derecho del consumo.

2. El art. 1º, CCC, dispone: " 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".

El Código Civil y Comercial es, técnicamente y en lo términos del artículo en comentario, una ley; por lo tanto, los casos regidos por él deben resolverse, en primer lugar, de acuerdo a sus disposiciones atendiendo, como refiere el texto legal, a "la finalidad de la norma" aplicable. Pero, por eso mismo, aun en casos 'genéricos' regidos, en principio, por el CCC, si la 'finalidad' de 'otra' ley así lo sugiere, será ella -y no aquél- la que deba aplicarse al caso 'individual', y resolver en consecuencia (2). En este sentido, queda claro que, en materia consumeril, son aplicables, con preferencia, aquellas normas cuya finalidad preserve, adecuadamente, la función 'protectora' de consumidores y usuarios, instituida por la Constitución Nacional y los tratados sobre Derechos Humanos correspondientes (3) -nótese, a este último respecto, la expresa remisión de la disposición en comentario, a "la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte"- . Y ello así en atención a "la configuración estructurada en bloque, por una parte; y, por la otra, el carácter principal y la vocación re-orientadora y estructurante" del Derecho del consumo (4).

Por cierto, los denominados "usos, prácticas y costumbres" se constituyen en fuentes de derecho, 'vinculantes', dentro de ciertos límites (5).

3. A su turno, el art. 2º, CCC, establece: "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".

En tanto la norma recién comentada se refiere a los "casos" regidos por el CCC, el art. 2º del mismo cuerpo legal trata de la interpretación de las 'normas' aplicables (6).

Ahora bien, las normas se manifiestan en 'textos' compuestos, claro está, de 'palabras'; la primera pauta hermenéutica establecida en la disposición citada se refiere, precisamente, a la interpretación exegética y gramatical de la ley, esto es, tanto al aspecto 'semántico' cuanto al 'sintáctico' del texto legal (7); en este sentido, es inevitable atender a cierto lenguaje técnico-jurídico (8). Sin embargo, dadas las conocidas anomalías que pueden presentar los términos lingüísticos -vaguedad, ambigüedad, textura abierta del lenguaje (9)-, suelen requerirse otras vías de interpretación a fin de una ajustada aplicación de las normas (10). En tal sentido, la norma en comentario indica al intérprete las demás pautas que menciona en su texto.

Las 'finalidades' de la ley se corresponden, en principio, con determinados objetivos que -se supone- se ha fijado el legislador al emitirla (11). Al

respecto, se ha señalado que tales finalidades tienen carácter político -en sentido amplio-, en tanto "instrumento de gobierno" que sirve, precisamente, "para consagrar...designios gubernativos"(12); se trataría de investigar la 'ratio legis', es decir, "el fin que se tuvo en vista al dictarla (la ley), los motivos que la determinaron, las necesidades que procuró satisfacer" (13). En tal sentido, resultando insuficiente la aptitud hermenéutica de las propias palabras de la ley, al recurrir a las finalidades de la misma cabe interpretar 'extensivamente' su texto, ampliando "el alcance de las palabras legales para que la letra corresponda al espíritu y la voluntad" (léase, finalidad) de aquél (14).

Otra pauta interpretativa consiste en recurrir a las 'leyes análogas' a aquella objeto de interpretación, de modo de determinar el sentido de ésta sobre la base de los términos de aquéllas, tomadas como punto de comparación a tal fin. En consecuencia, primero debe determinarse ese sentido, para luego decidir cuáles son los casos 'genéricos' cubiertos por la norma y, en su caso, establecer si el caso 'individual' a resolver se corresponde con ellos. Nótese que no se trata de aplicar una ley análoga a un caso determinado, por existencia de una 'laguna' legal -o, en otros términos, cuando el caso individual no está previsto por los legisladores (15)-, sino de aplicar una ley existente -pero dudosa en su texto- sobre la base de la comparación -y adecuación- con otra ley semejante -análoga-; en consecuencia, no creo que esta vía de interpretación quede reservada " para cuando ocurre un vacío o una laguna legislativa" (16), porque en tales casos la ley análoga se constituye, lisa y llanamente, en 'fuente de derecho' y no de interpretación (17).

La normativa internacional sobre derechos humanos también puede coadyuvar a la adecuada inteligencia de un texto legal (18).

Finalmente, el art. 2º, CCC, cit., incluye entre las pautas hermenéuticas a "los principios y los valores jurídicos"; en los Fundamentos del Proyecto legal, la Comisión redactora califica a éstos de "conceptos jurídicos indeterminados ", los que quedan sin enumerar en el texto de la norma, "por su carácter dinámico"; se apuntaría así a una orientación de índole 'axiológica', siempre "de modo coherente con todo el ordenamiento" como señala la norma en comentario, 'in fine' con alcance para todos los supuestos en ella previstos. Ahora bien, de la comparación de esta norma con su similar contenida en el art. 16, Cód. Civ., puede señalarse: a) esta última se refiere a "principios 'generales' del derecho", en tanto que la actual cita, sintéticamente, a los 'principios jurídicos; b) los respectivos principios se indican, en aquélla, como pauta de 'integración' del derecho (19), en el art. 2º, CCC, cit., como pauta de 'interpretación' de la ley. Sea como fuere, la expresión "principios jurídicos" que menciona la nueva norma civil resulta, si se quiere, más 'amplia' que la anterior fórmula, al no ceñirse a la "generalidad" de tales principios, de modo tal que, sin excluir tales estándares genéricos -por otra parte, no siempre del todo definidos- incluye ciertas pautas directrices de la economía estructural propia de cada normativa temática en concreto.

4. Ahora bien, respecto de las normas comentadas 'supra', con particular referencia a la materia consumerista puede señalarse que "las leyes que resulten aplicables" serán aquéllas que respeten y realicen la 'finalidad' protectiva de la posición de los consumidores y usuarios frente a los otros actores del mercado (20), procurando contrarrestar la consabida 'asimetría' relacional en las situaciones y vínculos de consumo, y atendiendo, asimismo, al carácter 'estructurante' y 're-orientador' del Derecho consumeril(21). Estas pautas se fundamentan, en particular, en las disposiciones de los arts. 41, 42 y 43, Cons. Nac. (22) y de la normativa internacional sobre derechos humanos -como se dijo-. Cabe aclarar, asimismo, que el art. 1º, CCC, cit., considera vinculantes a los 'usos, prácticas y costumbres' incluso cuando "los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente"; sin embargo, aclara que su obligatoriedad cesa en tanto "sean contrarios a derecho"; en estos términos, entonces, aun cuando el consumidor aceptare hallarse vinculado por ciertos usos, prácticas o costumbres que, en definitiva, le fueran indebidamente adversos, dicha aceptación devendría sin efecto atento al carácter de orden público del derecho consumerista (arg. Art. 65, LDC). Ocurre que, tanto de las propias 'palabras' cuanto de las 'finalidades' -explícitas, por otra parte- de la normativa aludida, queda clara su aplicación excluyente en la materia, tan pronto como se demuestre que las propiedades relevantes del caso individual se adecuan al marco normativo consumerista, y se ubique cuál es el caso general previsto por dicho régimen en el que se subsumen la situación o la relación bajo examen, aplicándose, en

consecuencia, la solución dispuesta en esa normativa para ese supuesto (23). A su turno, tanto las "leyes análogas" cuanto "las disposiciones...de los tratados sobre derechos humanos", deben cumplir con aquella finalidad protectora para poder constituirse en pautas hermenéuticas en materia consumeril. Finalmente, "los principios y los valores jurídicos" mencionados en el art. 2º, CCC, cit. -pautas interpretativas de indudable carácter genérico y "residual", si se quiere-, a la par de cubrir un cierto aspecto "axiológico" en la tarea hermenéutica -como se dijo 'supra-, deberán nutrirse, básicamente, de la normativa consumerista, parte del ordenamiento integral que menciona dicha norma, 'in fine'. En cuanto al derecho del consumo, en particular, he esbozado, con anterioridad, un conjunto de "principios jurídicos" que, según entiendo, le son propios: 'de integración', que se desdobra en: integración disciplinaria -"policompetencia"- e integración jurídica normativa; (subprincipio 'del centro dinámico de referencia'); 'de primacía de la realidad condicionada'; 'de configuración genérica'; 'pro consumidor'; 'de comunicabilidad'; 'de buena fe/transparencia'; 'de reparación integral'; y 'de economía' (24). A su turno, los "valores jurídicos", con punto de referencia en la 'justicia' -o, más prudentemente, su variable concreta posible, la 'equidad'-, según se sabe, se manifiestan en un "plexo" valorativo múltiple que la egología, por ejemplo, identifica con la seguridad, el orden, la paz, el poder, la solidaridad y la cooperación (25); en este sentido, nuestra materia no constituye una excepción, siendo que el principio 'pro consumatore' -de notorio carácter valorativo-, tendiente a restablecer el equilibrio relacional respecto del mercado y la red de provisión, impregna toda la normativa consumerista, así como su interpretación, integración y aplicación.

En este sentido, la "decisión razonablemente fundada" que el art. 3º, CCC, exige a los jueces al resolver los casos individuales sometidos a su jurisdicción y competencia, deberá basarse, en materia de consumo, en la normativa que le es propia conforme a las pautas de interpretación y aplicación apuntadas.

4. El art. 4º, CCC, referido a la obligatoriedad de las leyes "para todos los que habitan el territorio de la República", cobra especial significado en materia consumeril, en virtud de la vigencia del denominado (sub) 'principio del centro dinámico de referencia', cit., a cuyo respecto, "en un universo en el cual todos y cada uno somos consumidores...dicho "centro" se ubica simultánea, pero también alternativamente, aquí o allá, donde sea que un consumidor/usuario se manifieste"; el mismo se conecta con el 'principio de configuración genérica', cit. -"consumers, by definition, includes us all"-, siendo que, al situarse el "consumidor/usuario en el centro de la estructura de consumo...habilita un concepto genérico del término, esto es, sin calificaciones particulares, por su sola condición de destinatario final de bienes y servicios" (26).

5. A su turno, el art. 7º, CCC, establece:"Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

Brevemente, puede concluirse que, en principio, la nueva ley -aunque sea de orden público- no tiene efecto retroactivo, salvo que así lo disponga en su propio texto; en ningún caso pueden vulnerarse derechos de índole constitucional; las nuevas leyes supletorias, no afectan a los contratos en curso, salvo tratándose de relaciones de consumo y siempre y cuando favorezcan al consumidor.

Ahora bien, respecto de estas cuestiones atinentes al 'derecho intertemporal o transitorio', en un trabajo anterior tuve la oportunidad de referirme al mismo en materia de servicios prestados por profesionales liberales (27); remito, en general a su lectura. Sin embargo me permito, en esta oportunidad, puntualizar lo siguiente: si la nueva ley tiene carácter 'interpretativo/aclaratorio' de una norma anterior, ambas disposiciones pasan a formar 'un solo cuerpo normativo' -situación que evita los problemas de retroactividad de la nueva ley- y, si resulta conflictivo dicho carácter, en

nuestra materia debería aplicarse el principio "in dubio pro consummatore" del art. 3º, LDC, atento a que se estaría debatiendo el sentido y virtualidad de la norma que es interpretada/aclarada (CONDOMÍ, A.M., op. cit.).

Por lo demás, resulta interesante -y, en materia de consumo, técnicamente adecuado- que la norma bajo comentario se refiera a 'relaciones y situaciones jurídicas', ya que queda claro que la normativa respectiva -aun prescindiendo del efectivo "acto de consumo" en sí-, tiende a dar cobertura protectora tanto a relaciones como a "situaciones" de consumo; esta última expresión, que ya fuera introducida en el texto legal por la reforma civil de 1968, resulta, en general, más comprensiva que el término "relaciones" -referido a vínculos, en principio, aislados y de excepción-; ello así pues una situación jurídica implica un complejo existencial de cierta permanencia -dentro del cual se ubican, precisamente, actos de consumo y relaciones jurídicas-, en atención a diversas circunstancias de la vida de las personas (28). Asimismo, téngase presente que el art. 42, Cons. Nac., cit., si bien menciona la relación de consumo, concede protección a "consumidores y usuarios", en general y, a su turno, tanto el art. 1º, LDC, como el art. 1092, CCC, se refieren al consumidor "equiparado", esto es, a quien 'no es parte' de una relación de consumo pero, sin embargo, recibe idéntica cobertura que el consumidor propiamente dicho.

7. Respecto del principio de 'inexcusabilidad' consagrado en el art. 8º, CCC, cabe preguntarse si el mismo le es enteramente aplicable al consumidor. En efecto, en primer lugar, debe tenerse presente que este principio deriva de otro, que lo comprende, según el cual "la ley se presume conocida por todos", siendo que esta disposición se conecta con el nexo entre 'publicidad' y 'conocimiento' de la ley (CCC, art. 5º) (29). Ahora bien, queda claro que, en último análisis, que la ley se presuma conocida por todos no deja de ser una 'ficción legal', la que, si se la adopta rigurosamente choca, entonces, con el denominado principio de 'primacía de la realidad condicionada', cit., en cuya virtud "es necesario prescindir de los aspectos formales de las relaciones de consumo, esto es, de las estructuras formalmente establecidas por el proveedor -parte 'fuerte' del vínculo consumerista-, y considerar 'las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan', desentrañando 'los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa'" (30). De modo tal que el principio establecido en el art. 8º, CCC, cit., deberá ser, en la materia que nos ocupa, debidamente 'ponderado' junto con los estándares jurídicos de excepción que orientan la protección y la defensa de consumidores y usuarios; en este sentido, téngase presente que, conforme lo recuerda la doctrina (HERRERA-CARAMELO, loc. cit.), la propia Comisión redactora señala que "no se advierten casos que no puedan ser solucionados por medio de las diversas normas que existen en el sistema para la tutela de los vulnerables", entre ellos, según entiendo, los consumidores y usuarios (31).

8. En cuanto al 'ejercicio de los derechos', el Capítulo 3 del Título Preliminar, CCC, prevé, en cinco artículos, un micro-sistema normativo de incidencia significativa en materia de consumo. En efecto, el art. 11, CCC, sobre 'abuso de posición dominante' remite, expresamente, a los arts. 9º y 10º cit. -que tratan de la vigencia del principio de 'buena fe' y del 'abuso del derecho', respectivamente; ciertamente, estas normas presentan adecuada aplicación en la temática consumeril; ello así tanto como los principios de 'orden público' y 'fraude a la ley' -art. 12, CCC-, la 'prohibición de la renuncia general' -y, en su caso, particular- de las leyes' -art. 13, CCC-, cuanto al reconocimiento de 'derechos individuales' y 'de incidencia colectiva' -art. 14, CCC-.

A) Tanto la observancia de la buena fe en el ejercicio de los derechos, como la desprotección del abuso en el mismo (CCC, art. 9º y 10, cit.), hacen al principio del derecho consumatario 'de buena fe/transparencia', cit., en cuya virtud, "como un débito predominantemente en cabeza del proveedor" se exige a éste el riguroso respeto de la "buena fe-creencia y la buena fe-probidad" (32) que en él deposita el consumidor/usuario; nótese, asimismo, que el tercer párrafo del art. 10, CCC, cit., hace expresa mención a la actividad judicial 'preventiva' tendiente a "evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva", en nuestro caso, respecto del consumidor/usuario. A su turno, el art. 11, CCC, cit., constituye al abuso "de... posición dominante en el mercado" en un supuesto de vulneración de la buena fe y del

abuso en el ejercicio de los derechos.

B) El art. 12, CCC, cit., es enteramente aplicable en materia de consumo, atento al carácter de orden público de su normativa (art. 65, LDC, cit.) y al riesgo para el consumidor, siempre latente, de ser pasible de prácticas espurias de mercado que intenten transgredir dicha normativa, bajo el ropaje de conductas pretendidamente ajustadas a derecho. Pero, a su vez, se establece un 'nexo' entre aquel artículo y el siguiente, el que, tras disponer la prohibición de la "renuncia general de las leyes", autoriza la misma conducta respecto de "los efectos de la ley...en el caso particular" (de modo tal que, si bien no procede una renuncia al ordenamiento jurídico 'in toto', prescindiendo del mismo, puede renunciarse a ciertas facultades y prerrogativas que la norma concede al renunciante); y, el enlace entre ambas disposiciones se da, en cuanto a que una de las formas de pretender "dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público" (art. 12, párrafo primero, CCC, cit.) es, precisamente, 'renunciando' a sus efectos en el caso individual (art. 13, CCC, cit.); y, siendo la normativa consumerista, como se recordó 'supra', de orden público, ni las convenciones particulares, ni las manifestaciones unilaterales del propio consumidor, pueden dejar de lado, por vía directa u oblicua, las disposiciones que lo favorecen.

C) Asimismo, el Capítulo 3, en tratamiento, recoge, en síntesis, la clasificación en derechos individuales y derechos de incidencia colectiva que indicara la CSJN 'in re' "Halabi" (33). En efecto, tal la taxonomía que, expresamente, reconoce el art. 14, CCC, puntualizando, además, el desamparo legal del "ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente bien colectivo] y a los derechos de incidencia colectiva en general".

9. Finalmente, respecto del Capítulo 4 del Título Preliminar, puede señalarse que, el derecho del consumo comprende tanto bienes con significado económico (sean cosas o bienes inmateriales, art. 16, CCC), cuanto sin él, (CCC, loc. cit.); y, en materia contractual, los derechos pertinentes, integran el "derecho de propiedad" del consumidor (CCC, art. 963); esta expresión, según entiendo, remite al concepto 'genérico' de "propiedad" del art. 17, Cons. Nac. el que, en la materia, enlaza con el denominado "tandem" normativo de los arts. 41, 42 y 43 de nuestra Ley Suprema.

Notas al pie:

1). CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Comentarios al proyecto de unificación del Código Civil y el Código de Comercio de la Nación P.E.N. 2012. En materia de Derechos del Consumidor"; www.infojus.gov.ar, 10/7/2012; y "El régimen de defensa del consumidor a partir de la vigencia de la ley aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación"; www.infojus.gov.ar, 28/4/2015.

2). Téngase presente la diferencia conceptual entre caso "general", regido por la norma, y caso "individual", concreto, a resolver (ALCHOURRON, CARLOS A. y BULYGIN, EUGENIO; "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales".

3). CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos en el derecho del consumo. duodécima parte (nexo entre los arts. 41, 42 y 43, de la constitución nacional)"; www.infojus.gov.ar, 10/6/2015. Con la referencia del art. 1º, CCC, a normas de rango superior, se destaca su calidad de "parte de un sistema jurídico que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía" (HERRERA, MARISA y CAMELO, GUSTAVO; Comentarios a los arts. 1º a 18 en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado"; www.infojus.gov.ar.

4). CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Séptima parte. (Modelización del Derecho del consumo); www.infojus.gov.ar, 3/0/2014.

5). Recordemos la definición de "costumbre", en tanto 'fuente de derecho', del maestro Carlos AMBROSIONI: "Pluralidad de actos, constantes y regulares, realizados por los componentes de la comunidad, con la convicción de su necesidad jurídica, para regular sus relaciones en la medida en que resulten razonables" (cit. por GUARDIOLA, MIGUEL ÁNGEL; "Temas de Derecho romano"; Cathedra, 1969).

6). "Interpretatio" consiste en "conocer la ley, en sus palabras y en su sentido" (GUARDIOLA, M.A.; op. Cit.).

7). GUIBOURG, RICARDO A., GHIGLIANI, ALEJANDRO M. Y GUARINONI, RICARDO V.;

"Introducción al conocimiento jurídico"; Editorial Astrea, 1984. Las palabras constituyen 'signos lingüísticos', dotados de significado (MORENO AGUILAR, ARCADIO; Diccionario Práctico Larousse -Gramática. Conjugación-; Ediciones Larousse, Colombia, 1994); éste, a su vez, implica una 'denotación' -esto es, "los objetos a los cuales el término puede aplicarse", y una 'connotación' -es decir, el "conjunto de las propiedades compartidas por todos los objetos denotados]" (COPI, IRVING M.; "Introducción a la lógica"; EUDEBA, 1995); a su turno, las 'reglas gramaticales' se ocupan de ordenar las palabras en enunciados comprensibles -gramaticalmente correctos-, que hacen al sentido o significado estructural de éstos (MORENO AGUILAR, A., op. Cit.). En consecuencia, las anomalías del lenguaje citadas en el texto, pueden afectar tanto a las palabras, individualmente consideradas, utilizadas en la ley cuanto al sentido de los enunciados normativos, y, aun redundar en detrimento de la función 'pragmática' del lenguaje jurídico (GUIBOURG, R.A., GHIGLIANI, A.M., GUARINONI, R.V.; op. Cit.), sembrando dudas acerca del operador deóntico empleado por el legislador, p. ej.

8). GUIBOURG-GHIGLIANI-GUARINONI; op. cit. CARRIÓ, GENARO R.; "Notas sobre Derecho y lenguaje"; Abeledo-Perrot, 1968. KELSEN especifica que tales anomalías -en particular "la ambigüedad de una palabra o de una secuencia de palabras"- se presentan en casos de "indeterminación 'no intencional' del acto de aplicación de derecho" o "en caso de discrepancia entre la expresión lingüística de la norma y la voluntad a través de ella expresada de la autoridad que dictó la norma", aclarando que en tales situaciones, incluso tratándose de supuestos de "indeterminación 'intencional' del acto de aplicación de la norma- p.ej., norma penal "en blanco"-, queda abierto al intérprete "un marco dentro del cual hay varias posibilidades de aplicación"(KELSEN, HANS; "Teoría pura del derecho"; Segunda edición; trad. Dr. Roberto J. Vernengo; UNAM, México, 1982).

9). Ciertamente, existen mecanismos al interior del lenguaje mismo para eliminar las anomalías apuntadas; la ambigüedad de una palabra puede solucionarse consultando al 'contexto' en que ella está inserta, o analizando la 'situación fáctica' en que la misma se emplea, o 'estipulando un significado' para ella; respecto de los problemas de vaguedad, puede 'excluirse el uso' del término afectado por dicha anomalía, o bien 'limitarse arbitrariamente el alcance' de la palabra; a su turno, no resulta fácil evitar la textura abierta del lenguaje -vaguedad 'potencial'- (GÓMEZ, ASTRID y BRUERA, OLGA MARÍA; "Análisis del lenguaje jurídico; Editorial de Belgrano, 1993), ya que, en principio, no es posible prever todos los casos a los que es posible aplicar el término o expresión respectiva (CARRIÓ, G.R.; op. cit.).

10). En rigor, las "finalidades" de una norma jurídica atienden, puntualmente, a una de las 'derivaciones' de la misma, consistente en su 'performatividad', esto es, el 'impacto' exo-sistémico en cuya virtud, se procura el logro "de los fines perseguidos al crearla", relacionados con su ámbito 'material' (CONDOMÍ, A.M.; "La norma jurídica: derivaciones"; Doctrina Judicial, 25/11/1998).

11). ARAUZ CASTEX, MANUEL; ""Derecho Civil -Parte General-", T° I; Empresa Tecnicojurídica Argentina, 1965.

12). MOUCHET, CARLOS y ZORRAQUIN BECÉ, RICARDO; "Introducción al Derecho"; Editorial Perrot, 1978. Estos autores optaban por identificar la finalidad de la ley con su 'espíritu' -conforme al art. 16, Cód. Civ.-, expresión ésta cuya eliminación del texto legal alguna doctrina celebra por los intensos debates doctrinarios que había generado (HERRERA, M. y CAMELO, G.; "Comentarios...", cit.).

13). JIMÉNEZ de ASÉA, LUIS; "La ley y el delito"; Editorial Sudamericana, 1973.

14). JIMÉNEZ de ASÉA, L.; op. cit.

15). Como sostienen HERRERA y CAMELO, op. Cit.

16). A tal respecto, puede observarse que el nuevo CCC no contempla, como pauta general, a las leyes análogas como como criterio de 'aplicación' del derecho; nótese que en el art. 16, Cód. Civ., "los principios de las leyes análogas" -tanto como las "palabras" y el "espíritu de la ley"-, eran indicados como 'fuentes de derecho' -de momento que se los cita a los fines de 'resolver' un caso individual- (MOUCHET- ZORRAQUIN BECÉ, op. Cit.). El art. 2°, CCC, cit., establece, expresamente, que "la ley debe ser 'interpretada' teniendo en cuenta...las leyes análogas".

17). CONDOMÍ, A.M.; ver nota 1, 'supra'.

18). Así, la Ley de Defensa del Consumidor (n° 24.240 y mod.; -LDC-), art.

1º, según el cual, la misma "tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario"; CCC, art. 1094, que expresamente establece que "las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas...conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable"; etc.

- 19). MOUCHET- ZORRAQUIN BECé, op. cit.
- 20). CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Séptima parte. (Modelización del Derecho del consumo)"; www.infojus.gov.ar; 2014.
- 21). CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos... duodécima parte...", cit.
- 22). CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos...Séptima parte...", cit.
- 23). CONDOMI, A.M.; "Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Segunda parte.; 25/10/2013; www.infojus.gov.ar.
- 24). CONDOMI, A.M.; "Primeros pasos...Segunda parte", cit.
- 25). COSSIO, CARLOS; "La Teoría Ecológica del Derecho -Su Problema y sus Problemas-; Abeledo-Perrot, 1963. TORRES LACROZE, siguiendo a Paul ROUBIER (cuyo criterio fuera seguido, a su vez, por los reformadores civiles de 1968) distingue entre: a) leyes 'retroactivas', que afectan consecuencias de actos cumplidos bajo la vigencia de la ley anterior; b) leyes 'de aplicación inmediata', aplicables a cualquier efecto posterior a su sanción, se trate de relaciones anteriores o posteriores a las mismas; y, c) leyes 'de aplicación diferida', en cuyo caso, los efectos de hechos y relaciones anteriores a su vigencia se rigen por la ley anterior (TORRES LACROZE, FEDERICO; "Manual de Introducción al Derecho"; Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973).
- 26). CONDOMÍ. A.M.; "Primeros pasos...Segunda parte", cit.
- 27). CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos en el derecho del consumo. (El usuario de servicios de profesionales liberales). Sexta parte; www.infojus.gov.ar; 22/05/2014.
- 28). MOUCHET- ZORRAQUIN BECé, op. cit.
- 29). HERRERA, M. y CARAMELO, G., op. cit.30). CONDOMI, A.M.; "Primeros pasos...Segunda parte"; www.infojus.gov.ar; 25/10/2013.
- 31). Se cita, como antecedente, la ley 11.824, de 1933, que autorizaba a exceptuar de la aplicación de las multas respectivas, en caso de presunción de desconocimiento o errónea interpretación -por el juzicable- de la ley vigente (MOUCHET- ZORRAQUIN BECé, op. Cit.).
- 32). CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos...Segunda parte", cit.
- 33). "HALABI ERNESTO C/ PEN - LEY 25873. DTO1563/04 - s/ amparo ley 16.986". 24/02/2009. El Alto Tribunal realiza esta clasificación "en materia de legitimación procesal": derechos "individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos".

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar
Fecha: 23 DE JULIO DE 2015
:
Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional, Constitución Nacional Art.41 al 43, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.65, LEY 26.994 Art.1, LEY 26.994 Art.2, LEY 26.994 Art.3, LEY 26.994 Art.4, LEY 26.994 Art.7, LEY 26.994 Art.8, LEY 26.994 Art.9, LEY 26.994 Art.10, LEY 26.994 Art.11, LEY 26.994 Art.12, LEY 26.994 Art.13, LEY 26.994 Art.14, LEY 26.994 Art.1092
Ref. Jurisprudenciales: Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986

Un nuevo espaldarazo al derecho de consumo en la provincia de Buenos Aires

BAGALÁ, PABLO|MENDIBERRI, ANALÍ

Publicación: www.infojus.gov.ar, 26 DE MAYO DE 2015

TEMA

RELACION DE CONSUMO-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TEXTO

I.- Introducción.

Recientemente el Superior Tribunal bonaerense dictó sentencia en la causa "Crédito para todos S.A. contra Estanga, Pablo Marcelo s/ Cobro ejecutivo" (2), resolviendo hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal General del Departamento Judicial de San Martín, revocando el pronunciamiento impugnado y dejando sin efecto el fallo plenario dictado por la Alzada del mismo Departamento Judicial, con costas a la ejecutante vencida. Asimismo, dispuso remitir los autos a la Cámara de origen para que, integrada como corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido.

Básicamente, en la decisión de fondo, se estableció que el juez se halla habilitado para rechazar de oficio su competencia si constata que, en fraude a la ley, la ejecución se encuentra causada por una operación financiera para consumo o de crédito para consumo.

En rigor de verdad, en lo que hace a la solución final, la Suprema Corte no innova sino que reivindica su postura adoptada en la resonante causa "Cuevas, Eduardo Alberto c/ Salcedo, Alejandro René s/ Cobro ejecutivo" (3). Ahora bien, existen algunas particularidades en el fallo en comentario que merecen especial mención y tratamiento (por caso, la actuación activa del Fiscal General y el dictado de plenario por parte de la Alzada que decidiera la cuestión), a la par que el magistral voto del Dr. Eduardo de Lázzari, ampliando fundamentos, pone al derecho de los consumidores y usuarios en el lugar que corresponde de acuerdo a su categoría constitucional.

II.- La actuación del Ministerio Público Fiscal como custodio de la ley.

Como sabemos el Ministerio Público -y el cuerpo de fiscales que lo integran- 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 y de los intereses generales de la sociedad. Ello surge no solo de la Constitución Nacional y las provinciales, sino también de las distintas leyes, de orden nacional o provincial, que regulan el mentado órgano (por caso la ley nacional 24.946 o la 14.442 en el orden provincial bonaerense). Así, por ejemplo, las mentadas leyes ordenan que es deber de la fiscalía, en materia civil, comercial, laboral y de justicia de paz, dictaminar en aquellos supuestos previstos por las leyes, cuando se manifieste afectación del interés público con gravedad institucional, o requerir medidas en defensa del orden público, la legalidad y los intereses de la sociedad (4).

A su turno, la Ley de Defensa del Consumidor en su artículo 52 (5) designa, entre otros legitimados para iniciar una acción judicial, al Ministerio Público Fiscal el que si no actúa como parte lo "debe" hacer como fiscal de la ley. Seguidamente, el artículo prevé que en caso de que la acción sea ejercida por una asociación de defensa de usuarios y consumidores de las autorizadas reglamentariamente, se trate de una acción de incidencia colectiva, y que sea desistida o abandonada por dicha asociación, el Ministerio Público Fiscal asumirá su titularidad. Posteriormente, el artículo 54 LDC (6) procura la anuencia del Ministerio Público Fiscal para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción en el marco de las acciones de incidencia colectiva, salvo que éste sea el propio actor de la acción, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. Finalmente, el carácter de ley de orden público que el artículo 65 LDC (7) asigna al régimen "obliga" al Ministerio Público Fiscal a velar por su custodia (8).

Cabe destacar que más allá de lo expuesto precedentemente el Agente Fiscal debe velar por el cumplimiento de la LDC en atención a la propia naturaleza del derecho del consumidor y, lógicamente, por su categoría constitucional que dimana del art. 42 de la CN (art. 38 Constitución Bs. As.). Ello así habida cuenta las peculiaridades del proceso, la índole del interés involucrado, la directa relación que las garantías que establece la legislación específica tienen en relación a la efectiva defensa de los derechos de los consumidores, entre otras circunstancias.

En el particular resulta plausible la actuación del Fiscal General del Departamento Judicial de San Martín en tanto que con su actuación activa, en defensa de la ley y el interés social, logró revertir la decisión de la Alzada que contrariaba no solo la propia LDC sino la jurisprudencia, a esta altura unánime, de todo el país respecto al tema en tratamiento, particularmente la doctrina legal de la SCBA.

III.- El Plenario de la Alzada.

Dispone el art. 37 de la ley 5827 que cuando un mismo caso haya sido objeto de resoluciones divergentes por parte de distintas Cámaras o de distintas Salas de una misma Cámara de un Departamento Judicial, al presentarse posteriormente uno similar, será resuelto por las Cámaras del mismo fuero o la Cámara en pleno respectivamente.

Es facultad legal de las Cámaras convocar y decidir en acuerdo plenario los temas de derecho que juzguen necesarios, pero tal facultad debe ejercerse con la debida prudencia y sin perjuicio de las disposiciones que sobre el recurso de inaplicabilidad de ley contiene la Constitución provincial, por lo que si el tema a resolver en plenario ha sido objeto ya de decisión por la Suprema Corte bonaerense en reiteradas oportunidades, no tiene objeto su convocatoria.

El acatamiento que los tribunales hacen a la doctrina legal de la SCBA responde al objetivo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, esto es, procurar y mantener la unidad en la jurisprudencia, y este propósito se frustraría si los tribunales de grado, apartándose del criterio de la Corte, insistieran en propugnar soluciones que irremisiblemente habrían de ser revocadas. Como lo indica el mismo fallo en comentario no significa propiciar un ciego seguimiento a los pronunciamientos de la Corte, ni un menoscabo del deber de los jueces de fallar según su ciencia y conciencia, pues les basta llegado el caso dejar a salvo sus opiniones personales.

En el particular la Alzada llamó erróneamente a plenario porque, como se dijo más arriba, la SCBA se había expedido en reiteradas ocasiones sobre el deber de los jueces de declarar su incompetencia si constatan, mediante elementos serios y adecuadamente justificados, que la ejecución se encuentra causada por una operación financiera para consumo o de crédito para consumo y se pretende obtener el resultado que el art. 36 LDC prohíbe expresamente (vale decir, sacar al consumidor del juez natural que le corresponde de acuerdo a su domicilio real).

Existe otro caso similar, aunque con distinto resultado, donde un Tribunal de segunda instancia llamó a plenario. Efectivamente, la Alzada de San Isidro en fecha 30 de septiembre del corriente año, decidió por mayoría que debe declararse de oficio la incompetencia territorial en los juicios ejecutivos en razón del domicilio del ejecutado, presunto consumidor, "cuando el conflicto se circunscribe al ámbito de la Provincia de Buenos Aires".

IV.- La decisión de fondo.

Como sostuvimos precedentemente sobre el particular la SCBA ya se había expedido en el precedente "Cuevas" donde se "autorizaba" a los jueces a declarar de oficio la incompetencia territorial a partir de la constatación, mediante elementos serios y adecuadamente justificados, de la existencia de una relación de consumo a las que se refiere el art. 36 LDC.

Es que si bien impera en el ámbito de las relaciones de financiación para consumo las limitaciones cognoscitivas propias de los procesos de ejecución que impiden debatir aspectos ajenos al título (9), es posible una interpretación de la regla aludida acorde con los principios derivados de la legislación de protección de usuarios. Ello, obedece al carácter de orden público de dicha ley y su intención de otorgarle al consumidor un régimen especial derivado de su posición en la relación con el empresario o productor de bienes o servicios (10).

Entonces la doctrina que surge del precedente "Cuevas" obliga a que el magistrado tenga que analizar, en cada caso concreto, la eventual existencia de una relación de consumo. Una vez que dicha relación es constatada por el juez, si es que el ejecutado/consumidor tiene su domicilio real en otra jurisdicción que no es la que corresponde al magistrado, éste tendrá que declararse incompetente para entender en la causa y enviar las actuaciones al juez del lugar donde el consumidor se domicilie realmente.

Párrafo aparte para la cita que el Ministro de Lázari realiza sobre la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, es cierto que en el año 2010 la Corte Suprema de la Nación se pronunció en sentido opuesto en la causa "Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Toledo Cristian Alberto s/ cobro ejecutivo" (causa de competencia n° 231, XLVI, 24-VIII-2010), en la que determinó la competencia de un Juzgado en lo Comercial remitiendo a lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, cuya argumentación consistió en que no era viable la declaración oficiosa de incompetencia por razón del territorio pues dicha facultad está restringida en forma expresa por el Código Procesal Civil y Comercial.

Ahora bien, lo que escapó al elevado criterio del Ministro votante fue que la propia CSJN en la causa "Productos Financieros S.A. c/ Ahumada, Ana Laura s/ cobro ejecutivo" (11) se expidió sobre el tópico en sentido análogo a la causa "Cuevas". Allí, compartiendo el dictamen de la Procuradora, la CSJN dispuso: "2°) Que, cabe agregar, la conclusión a la que arriba dicho dictamen no invalida la naturaleza del título base de la pretensión, ni la del juicio ejecutivo, en tanto la verificación de los presupuestos fácticos que habilitan la aplicación del art. 36 in fine de la ley 24.240, texto según ley 26.361, además de limitarse a las circunstancias personales de las partes, tiene como único propósito decidir sobre la competencia del tribunal, de modo que la abstracción cambiaría y los límites cognoscitivos propios de estos procesos, a los fines de la viabilidad de la acción, no resultan afectados (Competencia N° 623.XLV "Compañía Financiera Argentina S.A. cl Monzón, Mariela Claudia s/ ejecutivo, fallada en la fecha). 3°) Que, asimismo, un nuevo examen de la cuestión permite concluir que la declaración de incompetencia de oficio en los supuestos en que resulta aplicable el art. 36 de la ley 24.240, texto según ley 26.361, encuentra sustento en el carácter de orden público que reviste dicha norma (art. 65 de esa ley)".

V.- El voto del Dr. Eduardo de Lázari: el derecho de consumo como derecho humano.

El Dr. de Lázari, en su magistral voto, comienza haciendo hincapié sobre la tutela judicial efectiva. Luego de ilustrarnos sobre tal amplio y fundamental derecho expresa que si la observancia de las garantías que integran la llamada tutela judicial efectiva se impone para todos, con mayor razón debe hacérselo en el ámbito del derecho del consumidor y usuario en virtud de la protección especial que la Carta Magna, la Constitución provincial y la LDC le asignan.

Así, en consonancia con lo anterior, explica que "en el marco de una situación objetiva de desigualdad, se hace necesario fortalecer la posición del más débil, para de ese modo restablecer la igualdad que es garantía constitucional".

Posteriormente, reseña las normas procesales y fundales que, en este tema, se encuentran en aparente reñida. El Magistrado presenta el problema de esta forma: "relaciones de consumo que han sido instrumentadas mediante el otorgamiento de títulos ejecutivos, en los que habitualmente el acreedor incorpora una constancia según la cual queda pactado un lugar de pago distinto del domicilio del deudor, lo que determina la competencia de un tribunal que no es el de su domicilio real. En esas condiciones, con sustento en la literalidad y abstracción del título y en la imposibilidad del análisis causal en el marco de la ejecución, las previsiones de la L.D.C. aparecen desairadas".

Ante el problema planteado, arguye que la cuestión ha sido abordada por la doctrina y la jurisprudencia quienes se han pronunciado, en su gran mayoría, a favor de la aplicación de la LDC y a continuación reseña los fundamentos por los cuales se impuso la solución establecida en la ley consumeril. En tal laboreo lo que primero pone en el centro de la escena es la categoría de derecho constitucional de los derechos de los consumidores y usuarios, pero no se queda allí sino que afirma que ellos "son una especie del género derechos humanos". Por si fuera poco, en el mismo párrafo, alega que "el derecho del

consumidor presenta las características de un microsistema con principios propios, inclusive derogatorios del derecho privado tradicional". Si bien lo destacado es harto conocido por la doctrina lo cierto es que el mentado párrafo reafirma el carácter de derecho supra legal del plexo consumeril.

Es que, como es bien sabido, la inclusión de los derechos de consumidores y usuarios en el capítulo constitucional de Nuevos Derechos y Garantías, incorporado tras la Reforma de 1994 es un fundamento en este sentido, en la inteligencia que se lo incluyó allí como técnica legislativa por considerarlo un derecho de tercera generación, esto es, un derecho humano (12).

La buena apreciación realizada por de Lázzari aparece como un llamado de atención a los operadores jurídicos recordándoles el carácter, la calidad, la naturaleza, la extensión del estatuto consumeril.

En segundo término, el Ministro se expide sobre el art. 36 LDC y nos dice que la nulidad allí establecida está fundada en la ilicitud del objeto concerniente al pacto de prórroga de competencia que dicha disposición prohíbe y que si aceptara la prevalencia de las normas procesales se permitiría por una vía lateral, como sería la utilización de títulos cambiarios, violentar la prohibición.

Luego, en base a los artículos 3 y 65 de la LDC deriva el magistrado que, cuando existe relación de consumo, la normativa cambiaria es inaplicable en todo lo que resulte incompatible porque ésta no puede desvirtuar la efectividad de las normas tuitivas del consumidor. Además, agrega como al pasar, el carácter de ley especial y ley posterior que la ley 24.240, con la modificación de la 26.361, posee en relación al régimen cambiario.

El voto podría haber finalizado a esta altura. Existían variadas y fundadas razones por las cuáles el opinante, ampliando los fundamentos del voto de los restantes Ministros de la SCBA, concluía junto a ellos que la materia cambiaria debía ceder cuando colisiona con el régimen de consumo. Pero resultó que el Dr. de Lázzari dio una vuelta más de tuerca.

De tal forma, primeramente explica que lo que el artículo 542 de Código procesal bonaerense impide examinar es la legitimidad de la causa de la obligación en el marco de la excepción de inhabilidad de título la que debe fundarse en las formas extrínsecas, pero que ello no obsta a que se indague para una circunstancia dispar como es la de determinar la competencia territorial. En otras palabras, razona: "estamos sosteniendo que siempre a partir de los términos literales del documento (sus formas extrínsecas) en particular las condiciones personales de las partes, se podrá determinar si se ha celebrado un contrato de crédito para el consumo. Esas circunstancias personales de las partes y elementos obrantes en las actuaciones son hábiles para formar convicción respecto del encuadramiento de la relación jurídica emergente del pagaré en ejecución dentro de las operaciones regidas por la L.D.C., pues de conformidad con lo dispuesto en el art. 163 inc. 5 del ritual, las presunciones no establecidas por la ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica. Y en caso de duda, cabe la interpretación a favor del consumidor, no solo de conformidad con las reglas de la L.D.C. (arts. 3 y 37), sino también sobre la base del principio general del art. 218 inc. 7 del Código de Comercio, que impone interpretar a favor del deudor".

La vuelta de tuerca antes mencionada aparece cuando de Lázzari, a renglón seguido de recordar que según el art. 1 del CPCBA la competencia territorial solo puede prorrogarse de conformidad de partes en asuntos exclusivamente patrimoniales, se cuestiona sobre si la relación de consumo conforma una relación "exclusivamente" patrimonial o si, por el contrario, existen otras aristas que la hacen escapar de tal definición. Y así es que encontramos otra jugosa parcela jurídica cuando el Ministro resuelve el enigma planteado.

En tal faena, repasa el modelo de contrato tradicional y lo contrapone al contrato de consumo el que aparece como más humano, más social, celebrado entre personas no iguales sino entre fuertes y débiles, satisfechos y necesitados, etc. Entonces concluye terminantemente: "si en los asuntos exclusivamente patrimoniales la competencia puede ser prorrogada de conformidad de partes, y la relación de consumo no constituye un asunto exclusivamente patrimonial, esa dispensa en esta materia no es permitida".

VI.- Conclusión.

El fallo es ejemplar por donde se lo mire. La solución propiciada es la que mejor se ajusta al derecho vigente y a la realidad de los hechos, tal como se viene pronunciando gran parte de la judicatura del país. El voto del Ministro de Lázari podría haber sido una simple adhesión a la ya convincente decisión de los restantes colegas. Pero, así las cosas, no podemos más que agradecer la simpleza con la que el mencionado expuso todos y cada uno de los motivos por los cuales el derecho del consumidor vuela por encima de los restantes regímenes legales, particularmente sobre el derecho cambiario y las normas formales.

Consideramos como lo puso de manifiesto de Lázari que en el juicio ejecutivo es posible concluir en la existencia de una relación de consumo sobre la base de los elementos que se desprenden del título y de las propias actuaciones. Así, la calidad de las partes involucradas, determinadas constancias obrantes en el documento, la habitualidad en la promoción de ejecuciones similares y diversos elementos que conduzcan a obtener presunción en tal sentido.

Esa labor puede y debe tener lugar de oficio por el juez. Estando a su cargo el examen atento del título presentado y por la naturaleza de orden público de las disposiciones contenidas en la L.D.C., se encuentra habilitado para tal investigación y en caso de concluir en que existe relación de consumo, puede declarar de oficio su incompetencia. Esta potestad se justifica por la necesidad de protección de intereses especialmente amparados y en el deber de evitar el obrar abusivo, esto es, aquél que bajo la apariencia de un cumplimiento sólo formal de los fines de la ley, en rigor apunta a desvirtuar los derechos de quienes se encuentran en posición de vulnerabilidad.

Adviértase que impedir la declaración de incompetencia de oficio, sobre la base de que el deudor puede oponer la excepción de incompetencia termina por ser una petición de principios. Si la finalidad de la ley consiste en evitar el agravamiento que supone para el deudor acudir a extraña jurisdicción, de ese modo se lo obliga precisamente a hacer lo que la ley no quiere.

En orden a las facultades que asisten al juez para indagar, cabe referir que la doctrina y la jurisprudencia han encontrado una herramienta útil en lo dispuesto por el art. 336 del Código procesal local. Este texto, que posibilita el rechazo in limine de la demanda, establece en su segundo párrafo que si de ella no resulta claramente que es de su competencia, mandará que el actor exprese lo necesario a ese respecto. Y el art. 34 inc. 5 del CPCBA dispone que es deber del juez dirigir el procedimiento, pudiendo disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades.

Notas al pie:

1) Cualquier comentario, aporte o crítica, remitirlo a la dirección de correo bagalapabloabogado@gmail.com

2) Causa C. 117.245, en fecha 3 de septiembre de 2014.

3) Causa Rc. 109305 del 01/09/2010. Seguidamente se sucedieron precedentes en el mismo sentido.

4) Ver art. 29 y ccdtes. de la ley 14.442 y art. 41 de la ley 24.946.

5) "Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas.

Resolverá si es precedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal".

6) "Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, 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 consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

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 integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda".

7) "La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los ciento veinte (120) días a partir de su publicación".

8) El art. 27 de la ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires también instituye la misma actuación obligatoria.

9) Art. 542 del CPCCBA.

10) Pablo Bagalá, "El pagaré de consumo: análisis de su ejecutabilidad", editorial Errepar. Publicado en Compendio Jurídico, Tomo 77, pág. 119/149, Septiembre 2013.

11) Competencia N° 577, XLVII. del 10/12/2013.

12) Para más sobre el tema de derechos humanos y derechos del consumidor ver "Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores", Dir. Carlos Gherzi, ed. Organización Mora Libros, capítulo I escrito por Marcela Mariotto.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 26 DE MAYO DE 2015

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 2.637 Art.218, Constitución Nacional Art.42, Ley 17.454 Art.336, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.36, Ley 24.240 Art.37, Ley 24.240 Art.52, Ley 24.240 Art.54, Ley 24.240 Art.65, Ley 24.240 Art.163, Ley 24.946, LEY 26.361, Constitución de la Provincia de Buenos Aires Art.38, DECRETO LEY 7425/68 Art.1, DECRETO LEY 7425/68 Art.34, DECRETO LEY 7425/68 Art.542, LEY 14.442

Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Undécima parte (Grupo normativo básico)

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 22 DE MAYO DE 2015

TEMA

CONSUMIDORES-RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

1. "Grupo normativo", df.: conjunto no vacío de normas conjugadas, incluido en un sistema normativo mayor (1). El grupo normativo es, en rigor, un subconjunto de normas extraídas de un conjunto que lo incluye (cúmulo normativo), regulador de una materia en común; la elección del grupo normativo depende del operador jurídico en particular (2). Las normas integrantes del grupo normativo son susceptibles de una operación interna entre ellas, que denomino conjugación, consistente en la "relación de compatibilidad" (inexistencia de contrariedad y contradicción) y la "relación de conexidad" (esto es, afinidad material) que las vincula. Asimismo, los elementos (normas) del grupo deben cumplir las propiedades de "reflexividad", "simetría" y "transitividad" (3).

2. En estos términos, es posible diseñar un grupo normativo básico (grupo "alfa", GA) de un sistema jurídico dado, cualquiera sea la extensión de éste, en la medida en que queden preservados, al menos, los principios axiomáticos de coherencia e independencia (4).

3. En esta oportunidad, propondré la configuración de un grupo "alfa, perteneciente al ordenamiento jurídico argentino en materia consumeril, esto es, extraído de la normativa interna en Derecho del consumo (5), formalizado como GAC.

4. El presupuesto fáctico del Derecho del consumo es, sin duda, la existencia de carencias humanas (6) que hacen al hombre, precisamente, un ser necesitado, esto es, fundamentalmente falto de los "insumos" que se requieren para su vital y plena realización (7). Ahora bien, son numerosos los criterios que se observan en la literatura sobre el tema a fin de determinar cuáles son y, en todo caso, en qué orden pueden enunciarse las distintas necesidades (carencias) humanas (8). Sin embargo, cualquiera sea el criterio de determinación y, en su caso, de enunciación ordinal (ordenamiento en niveles jerárquicos) de tales carencias, a los fines de las políticas públicas y de las disposiciones del orden jurídico tendientes a satisfacerlas, pueden citarse, al menos, dos mecanismos de tratamiento de esta temática; el primero, de carácter "horizontal", sobre la base de una determinada "pirámide" de niveles jerárquicos de carencias humanas como, p. ej., en MASLOW - sustentada en principios de psicología humanista (9)-, se ocupará de dar cobertura a ciertas carencias pertenecientes a los rangos o "taxones" (10) básicos del ordenamiento de referencia (p. ej., fisiológicas y de seguridad), librando el resto a la iniciativa individual y grupal; el otro, de carácter "vertical", procurará satisfacer, en la medida de lo posible, carencias de todos los niveles (esto es, desde carencias fisiológicas hasta las de autorealización), aunque sea parcialmente. Sea como fuere, tales carencias constituyen el presupuesto insoslayable de las políticas y normativas de defensa y protección de consumidores y usuarios.

5. Como punto de partida, a los fines de diseñar el GAC, debe mencionarse el principio de configuración genérica de "consumidor" (11), en cuya virtud "siendo todos consumidores", tal condición se cumple con la sola entidad de ser humano; en otras palabras: todo ser humano es consumidor y, por su sola naturaleza, sujeto de protección y defensa por parte de las autoridades constituidas (12). Este axioma, que parte de una realidad biológica y cultural, introduce de lleno a la temática consumerista en el terreno de los derechos humanos (13), con las características atinentes a esta categoría

jurídica. Este punto se relaciona con el que se trata en el punto siguiente pero, en tanto la configuración genérica de "consumidor" reposa, como se dijo, sobre un prius biológico-cultural de la persona humana (14), el que sigue se constituye en un prius lógico-jurídico del cual se derivan otros derechos. De todos modos, el mentado principio de configuración genérica, se sustenta normativamente en los arts. 14 y 20, Cons. Nac., y art. 1, Cód. Civ. (ref. art. 4º, nuevo CCC), que garantizan el goce de los derechos civiles a "todos los habitantes de la Nación", sean ciudadanos o extranjeros. Como el primer elemento normativo del GAC entonces, puede enunciarse: "todo ser humano es consumidor".

6. En segundo lugar, entiendo que, difícilmente, pueda hablarse de Derecho del consumo, particularmente en su faz protectora de consumidores y usuarios, sin contar con alguna norma que asegure, jurídicamente hablando, el acceso al consumo de las personas; tal el derecho de acceder o de acceso al consumo (15); esta situación podría compararse con la relación entre el derecho a la vida y los derechos consecuentes con él (integridad físico-espiritual, propiedad, seguridad, etc.): sin la sustentación jurídica de la vida humana sería difícil concebir los derechos derivados de su existencia; así, sin la posibilidad jurídica de acceso al consumo sería prácticamente inútil referirse a una situación o relación de consumo jurídicamente protegida. En este sentido cabe recordar, una vez más, el art. 25º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el art. 11º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, de nivel constitucional (art. 75, inc. 22, Cons., Nac.) que, expresamente se refieren al derecho de acceder al consumo que deben garantizar los Estados partes (16). En consecuencia, un segundo elemento del GAC indicado se refiere al mentado derecho de acceso (o de acceder) al consumo y puede enunciarse: "todo consumidor tiene derecho de acceso efectivo al consumo".

7. Un nuevo elemento puede agregarse al GAC, consistente en las condiciones en que debe darse el acceso al mercado, tendiente al resguardo integral de los intereses del consumidor, configurando sus derechos en el ámbito económico, cuanto extrapatrimonial (educación, trato digno, y seguridad e información - seguridad global- (17)). En este sentido, garantizado el efectivo acceso al mercado, con el establecimiento de relaciones de consumo, cobra relevancia el modo en que dicho acceso se materializa, trátase de intereses económicos o extraeconómicos del consumidor. Este elemento del GAC, que se refleja adecuadamente en el art. 42, Cons. Nac., puede enunciarse: "en la relación de consumo debe garantizarse el resguardo integral de los intereses del consumidor".

8. A su turno, debe repararse en los medios a disposición del consumidor para hacer efectiva su autogestión protectora, traducida en los recaudos instrumentales a su disposición tendientes a tal fin. Así, las normas de los arts. 42 y 43, en lo pertinente, imponen la protección de los derechos del consumo, conforme a procedimientos adecuados, y se garantiza la participación organizacional del consumidor en estructuras aptas para la defensa de los mismos. Enuncio este elemento del GAC: "queda garantizada la autogestión protectora del consumidor respecto de los derechos que le asisten en la materia".

9. Asimismo, estimo adecuado considerar, el principio de igualdad ante la ley (Cons. Nac., art. 16), como elemento integrante del GAC propuesto. En efecto, dicho principio puede formularse en afirmativo como el "tratamiento igual de los iguales en igualdad de condiciones", pero también en sentido negativo como el "tratamiento desigual de desiguales en desigualdad de condiciones"; esta última formulación se adapta al correctivo que el Derecho del consumo aplica sobre las relaciones asimétricas existentes entre proveedores y consumidores. procurando enmendar el desequilibrio que se constata entre las respectivas posiciones de los integrantes de la red de provisión, por un lado, y la de los miembros del colectivo de consumo, por el otro. Si bien se mira, las normas específicas que tienden a promover la equiparación indicada, derivan del principio constitucional mencionado, el que, de esa forma, se constituye en elemento del grupo normativo básico (GAC) en materia consumataria. En este sentido, las disposiciones legales relativas a los principios "pro consummatore", "in dubio pro consummatore", "favor

debilis", "in dubio pro debitoris", "in dubio contra stipulatorem", etc.(18), aplicables en la materia, tienden a cristalizar en normas concretas el "balanceo" de las relaciones de consumo, respecto de las distorsiones detectadas en ellas. El tercer elemento del GAC puede formularse así: "el tratamiento de la relación de consumo debe concretar la igualdad jurídica de las partes".

10. A su turno, un sexto elemento del GAC puede sumarse a los ya indicados, conectado a éstos pero, al mismo tiempo, independiente de los mismos (19); se trata del carácter de orden público atribuido a la normativa consumerista como reflejo de ciertos estándares jurídicos que, en el ámbito 'interno' o 'nacional' se traducen en normas imperativas, inderogables por voluntad de partes, en atención a principios de interés general; así lo establece el art. 65, LDC. (20), ref. art. 12, nuevo CCC (21). Este elemento integrante del GAC puede enunciarse así: " la normativa de defensa y protección de consumidores y usuarios es de orden público".

11. Puede formalizarse lo expuesto de esta manera:
GAC = (n1, n2, n3, n4, n5, n6); siendo:
n1: "todo ser humano es consumidor";
n2: "todo consumidor tiene derecho de acceso efectivo al consumo";
n3: "en la relación de consumo debe garantizarse el resguardo integral de los intereses del consumidor";
n4: "queda garantizada la autogestión protectiz del consumidor respecto de los derechos que le asisten en la materia";
n5: "el tratamiento de la relación de consumo debe concretar la igualdad jurídica de las partes";
n6: "la normativa de defensa y protección de consumidores y usuarios es de orden público".

12. Probablemente puedan agregarse algunos elementos más - o eliminarse o alterarse los presentes- a este denominado "grupo normativo básico o 'alfa' del consumo"(GAC); éste es sólo un ensayo sobre el particular. Por lo demás, la conformación de una base sistematizada de normas, es decir, un conjunto de enunciados jurídicos (reglas y/o principios) axiomáticos, es fruto de la elección del operador de turno (22). Nótese que, en el presente, se han reunido, bajo distintos enunciados, a miembros del grupo normativo básico diseñado, correspondientes a diversos derechos que integran, a su vez, diferentes taxones que responden a la ya "clásica" clasificación de derechos del consumo debida a STIGLITZ (23). Se trata, en rigor, de la tarea de identificar cierto material normativo de base (24) del Derecho consumatario, en el marco de la sistematización de un tramo dado del ordenamiento jurídico.

Notas al pie:

- 1) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Jurística -Ingreso a la epistemología jurídica-"; inédito. Respecto del concepto de "grupo" en términos matemáticos, véase: ALEXÁNDROFF, PÁVEL SERGUÉYEVICH; "Introducción a la teoría de los grupos; EUDEBA, 1977.
- 2) Así, p. ej., el conjunto de normas que invoca el juez al resolver un caso individual, en la medida en que cumpla con los requisitos que se explicitan en el texto, constituye un grupo normativo.
- 3) CONDOMÍ, A.M.; op cit.
- 4) Ídem nota anterior.
- 5) A los fines de este trabajo, "norma" implica todo enunciado jurídico, incluyendo principios y definiciones. CONDOMÍ, A.M.; "Jurística...", cit.
- 6) "Carencias" incluye tanto las necesidades propias de la persona como las meras "apetencias", psicológicamente condicionadas por los grupos de pertenencia y de referencia (CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos en el derecho del consumo. (Vicisitudes del consumidor). Cuarta parte"; www.infojus.gov.ar; 22/11/2013), motorizadas, en su caso, por los medios publicitarios (CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos en el Derecho del consumo. Octava parte. (El factor publicidad)"; loc. cit., 5/03/2015).
- 7) En este sentido, queda claro que el ser humano -en rigor, todo ser viviente-, se constituye en un sistema lo suficientemente cerrado como para no confundirse con su entorno pero, al mismo tiempo, lo suficientemente abierto

como para adquirir de él, en una relación de intercambio, las energías necesarias para su mentada realización.

8) BOLTVINIK, JULIO; "Teoría de las necesidades básicas y la esencia humana"; www.julioboltvinik.org/documento.

9) BOLTVINIK, J.; op. Cit.

10) Si se admite que la taxonomía es la disciplina relativa a los criterios de clasificación -no necesariamente en materia biológica-, no veo inconveniente en referirse a "taxones" como a los distintos niveles o rangos conforme a una clasificación en particular.

11) CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos en el Derecho del consumo. Segunda parte. www.infojus.gov.ar, 25/10/2013.

12) Con particular referencia al Derecho interno, ver: CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Tercera parte"; www.infojus.gov.ar, 30/10/2013.

13) CONDOMÍ, A.M.; "Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -primeras aproximaciones-"; www.infojus.gov.ar; 20/10/2011.

14) El hombre, como se dijo, es un ser necesitado, carente en grado sumo, tanto desde el punto de vista natural-biológico, cuanto social-cultural; el tema de las necesidades (carencias) humanas definen su claro perfil consumerista.

15) CONDOMÍ, A.M.; "El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor"; www.infojus.gov.ar, 7/12/2011.

16) Art. 25, D.U.D.H.: "1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social". P.I.D.E.S.C. Art. 11º, "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan". Ver nota anterior. Conviene tener presente que estas disposiciones de Derecho internacional integran el plexo normativo de nuestra Constitución Nacional (art. 75, in.22), razón por la cual la pretensión de que el derecho a la protección y defensa de consumidores y usuarios -en los términos del art. 42, Cons. Nac.-, partiría de la base de una relación de consumo ya establecida, debe ceder ante aquella normativa que, situada en la categoría de los Derechos humanos, claramente, se refiere a situaciones previas a la constitución de cualquier vínculo consumeril, como presupuesto a toda relación de esa índole.

17) Si bien se mira, tanto el derecho a la información cuanto el de seguridad propiamente dicho constituyen, en conjunto, aspectos de una seguridad "global" de los intereses del consumidor en el acceso al mercado, ya que, una información adecuada contribuye a mantenerlo inmune frente a las vicisitudes del mismo.

18) Ver, 'inter alios', CONDOMÍ, A.M.; "Reflexiones generales...", cit.

19) La ley bien podría establecer los derechos del consumo sin fijar, necesariamente, el carácter de orden público de la normativa respectiva; esta última circunstancia, manteniendo su independencia conceptual, refuerza, no

obstante, el propósito de procurar la plena defensa y protección de consumidores y usuarios.

20) CONDOMÍ, A.M.; "Reflexiones generales", cit.

21) Téngase presente que, conforme cierta doctrina, no es necesario que el legislador declare expresamente que una norma es de orden público, pues tal carácter surgiría de la propia "naturaleza jurídica" del instituto en cuestión, por razones de interés o bienestar general, o por afectar el bien común; en tanto que, conforme a otra posición, en principio, toda norma legal es de orden público, pudiendo prescindirse de su aplicación solamente bajo condiciones de excepción, debiendo considerarse el caso respectivo sobre la base de ciertas valoraciones que tiendan a la solución "más justa" (Ver: CONDOMÍ, A.M.; "Reflexiones generales...", cit., nota n° 42,). Como es sabido, la primera postura doctrinaria choca con la dificultad de discernir cuál es la "auténtica" naturaleza de un ítem jurídico determinado (CARRIÓ, GENARO RUBÉN; "Notas sobre Derecho y Lenguaje"; Abeledo-Perrot, 1968); a su turno, el segundo criterio parece obviar que el propio ordenamiento positivo se refiere a "leyes supletorias", esto es, normas que operan ante el silencio de los interesados pero que, al mismo tiempo, pueden ser dejadas de lado por ellos en sus convenciones, por no afectar, precisamente, al orden público (vid. art. 3, Cód. Civ.; art. 7°, CCC).

22) ALCHOURRÓN, CARLOS E.- BULYGIN, EUGENIO; "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales"; Editorial Astrea; 1993.

23) "El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur"; diario La Ley, 19/05/1995. Ver: CONDOMÍ, A.M.; " El árbitro de consumo ante los derechos primarios...cit."; " El árbitro de consumo ante los derechos sustanciales del consumidor", www.infojus.gov.ar, 20/03/2012; y "El árbitro de consumo ante los derechos instrumentales del consumidor", www.infojus.gov.ar , 12/4/2013

24) ALCHOURRÓN-BULYGIN, op cit.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 22 DE MAYO DE 2015

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.1, Constitución Nacional Art.14, Constitución Nacional Art.16, Constitución Nacional Art.20, Constitución Nacional Art.42, Constitución Nacional Art.43, Constitución Nacional Art.75, Ley 24.240 Art.65, LEY 26.994 Art.4, LEY 26.994 Art.12

Comentario a la reglamentación del sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo (COPREC)(Dto. N° 202/2015)

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 8 DE MAYO DE 2015

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RELACION DE CONSUMO-SERVICIO DE CONCILIACION PREVIA EN LAS RELACIONES DE CONSUMO-REGISTRO NACIONAL DE CONCILIADORES EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

TEXTO

1. En un trabajo anterior (1) abordé el comentario a la Ley n° 26.993 (en adelante, LRCRC) que instituyera el Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo (en adelante, COPREC), por lo que, atento el dictado del Dto. N° 202/2015 (en adelante, D.R.) que reglamenta dicho sistema, aportaré en el presente algunas reflexiones al respecto.

2. En particular, el ANEXO I de dicho Decreto reglamenta los Títulos I y II de la ley mencionada, relativos al COPREC, propiamente dicho, y a la Auditoría en las Relaciones de Consumo, respectivamente; esto es, las instancias pre-judiciales del sistema normativo indicado.

3. El trámite de conciliación, se lleva ante el Conciliador en relaciones de consumo, inscripto en el Registro respectivo a cargo del Min. Just. Y DD.HH (art. 4°, D.R.), siendo Autoridad de aplicación del régimen legal la Secretaría de Comercio del Min. Econ. y FP (art. 1°, D.R.). El Conciliador, en principio, debe ser integrante del Registro Nacional de Mediación (con actuación en la CABA) aunque la Autoridad de aplicación puede designar conciliadores no mediadores inscriptos, autorizados por el Min. Just. Y DD.HH. (ART. 4°, D.R., cit.) y será designado conforme en los términos de la Resolución n° 22/2015, del 11/3/2015, de la Secretaría de Justicia de dicho Ministerio.

4. El procedimiento se activa mediante la presentación del formulario de iniciación, en el que debe constar el monto del objeto del reclamo -que no puede superar los 55 smvm- (LRCRC, art. 2°); si el consumidor ignora dicho valor, debe declarar bajo juramento que el mismo no supera el límite legal; la disposición resulta contradictoria, pues se obliga al reclamante a prestar declaración jurada sobre un dato que, por hipótesis, no conoce; de todos modos, comprobado que el monto reclamado supera el límite indicado, se suspenden las actuaciones de conciliación y, en su caso, el consumidor deberá tramitar su reclamo por la vía ordinaria (art. 2°, D.R.); al iniciar el expediente de conciliación debe indicar el reclamante el domicilio de referencia que elige, a los fines de la determinación de la competencia, en los términos del art. 5°, LRCRC (art. 5°, D.R.).

5. Presentado el reclamo, éste puede ser rechazado por inadmisibles, en la medida en que los datos requeridos no se encuentren completos, o aquél no concierna a relaciones de consumo o no sea de carácter individual (2), o su monto supere el límite legal; esta decisión es recurrible, con suspensión de los plazos de prescripción; mientras dura el procedimiento conciliatorio, se interrumpen dichos plazos (art. 6°, D.R.).

6. Si la designación del Conciliador no opera por sorteo (LRCRC, art. 7°, a), sino por acuerdo de partes (LRCRC, art. 7°, b), éste debe constar por documento aparte -conforme a modelo a instrumentar por la Autoridad de aplicación-, independientemente de las constancias del contrato, de fecha posterior al reclamo formalizado, con expresa referencia a éste, y suscripto por los interesados (D.R., art. 7°); esta designación debe comunicarse al Conciliador dentro de los 5 días de efectuada. Si la designación opera

mediante propuesta del consumidor al proveedor (LRCRC, art. 7º, c), deberá tramitar por el mecanismo que diseñe el Min. Just. y DD.HH. (D.R., norma cit.). Procede la excusación y la recusación del Conciliador de consumo, en los términos de los art. 17 y 38, C.P.C.C.N.; la presentación suspende el plazo de prescripción del trámite conciliatorio y la resolución de la Autoridad competente es irrecurrible (D.R., norma cit.).

7. Se prevé la creación y funcionamiento de un Servicio de patrocinio jurídico gratuito que la Secretaría de Comercio pone a disposición del consumidor (D.R., art. 9º).

8. La audiencia de conciliación -que debe notificarse con 3 días de anticipación, D.R., art. 10- se lleva a cabo en las oficinas del Conciliador designado o en los lugares que habilite el COPREC (D.R., art. 11); su confidencialidad comprende "cualquier ...material de trabajo" relativo a la audiencia, con excepción del acta y el acuerdo a que se arribe (D.R., art. 11, cit.); la dispensa de confidencialidad por acuerdo de partes (LRCRC, art. 11), debe constar por escrito y en el acta de la audiencia (D.R., norma cit.); en la primera audiencia, el consumidor puede ampliar el contenido del reclamo y/o enderezar el mismo contra otros proveedores no incluidos en el formulario de inicio (D.R., norma cit.); el conciliador debe notificar a los nuevos interesados, y al COPREC, las novedades producidas; en su caso, designará nueva audiencia (D.R., norma cit.).

9. Son requisitos de homologación del acuerdo celebrado entre las partes: 1) en general, éste debe atender a la justa composición del derecho y los intereses de las partes; 2) en particular, debe constatarse: el cumplimiento debido del procedimiento; que no medie renuncia o dispensa de derechos por parte del consumidor; salvo exceso en el monto reclamado, el importe conciliado no puede ser "sustantivamente menor" a aquél; las observaciones de la etapa de homologación deben constar debidamente salvadas. Homologado el acuerdo, el consumidor y el Conciliador pueden obtener copia gratuita del mismo (D.R., art. 15). El Conciliador-mediador tiene derecho a percibir honorarios; los correspondientes al Conciliador meramente habilitado, deben depositarse en la cuenta indicada por el Min. Econ. y FP (D.R., art. 15, norma cit.).

10. Fracasada la conciliación, el Conciliador debe informar a la Secretaría de Comercio los datos del procedimiento; respecto de sus honorarios, si fue designado por sorteo, percibirá los emolumentos básicos del Fondo de Financiamiento respectivo (LRCRC, art. 20; D.R., art. 17); si lo fue por acuerdo de partes, en principio, el proveedor carga con aquéllos, y si lo fue a propuesta del consumidor, éste debe soportarlos (D.R., norma cit.). Sin embargo, el proveedor puede, en todo caso, hacerse cargo de los honorarios del Conciliador, y debe hacerlo si fue designado por acuerdo de partes; pero, si lo fue a propuesta del consumidor, éste debe los emolumentos (D.R., norma cit.). Sin embargo, "el total del honorario" debe ser satisfecho por el proveedor si el Auditor en relaciones de consumo hubiere decidido en su contra o aprobado el acuerdo, o recayere sentencia condenatoria a su respecto (D.R., norma cit.); en estos supuestos, el Conciliador debe reintegrar al Fondo de Financiamiento, o al consumidor, según corresponda, el importe del honorario básico. Los honorarios no percibidos son ejecutables ante la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo (D.R., norma cit., 'in fine').

11. En caso de incumplimiento del acuerdo de partes, el consumidor debe comunicar tal circunstancias a la autoridad del COPREC; ella intimará al proveedor; comprobado el incumplimiento, queda expedita la vía del procedimiento administrativo del art. 46, LDC (D.R., art. 19).

12. Los Auditores en las Relaciones de Consumo son designados por concurso público, seleccionados mediante un Jurado de composición mixta (D.R., art. 24); son susceptibles de excusación y de recusación en los términos del art. 7º, D.R. (D.R., art. 23); su remoción procede en los términos de la Ley nº 25.164 (D.R., art. 25).

13. El procedimiento ante el Auditor es gratuito (D.R., art. 29); el consumidor puede obtener asistencia del Servicio de Patrocinio Jurídico

Gratuito (D.R., art. 30). Se inicia por escrito, debiendo contener: datos de las partes, constancia del trámite de conciliación previa, ofrecimiento de prueba, acompañando la documental (D.R., art. 31). Procede, en principio, la notificación electrónica (D.R., art. 32). La resolución del Auditor debe ser motivada y fundada (3), y autosuficiente (D.R., art. 36); es impugnabile mediante "recurso judicial directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo o ante la Cámara de Apelaciones correspondiente" (LRCRC, art. 38).

Notas al pie:

1. CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Introducción al nuevo régimen de resolución de conflictos en las relaciones de consumo"; www.infojus.gov.ar , 27/10/2014.

2. Nótese que parecen excluirse, a los fines conciliatorios, las acciones colectivas; a todo evento, la reglamentación sólo autoriza, en su caso, "la acumulación de reclamos y] el litisconsorcio facultativo necesario" (D.R., art. 2°).

3. La "motivación" atiende a los aspectos fácticos (antecedentes) del caso; la "fundamentación", a la normativa aplicable.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 8 DE MAYO DE 2015

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.17, Ley 17.454 Art.38, Ley 24.240 Art.46, LEY 25164, LEY 26.993, DECRETO NACIONAL 202/2015

El régimen de defensa del consumidor a partir de la vigencia de la ley aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 28 DE ABRIL DE 2015

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

TEXTO

1. La ley n° 26.994, a la par que, como ANEXO I, aprueba el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCC)- algunas de cuyas normas se refieren, directa o indirectamente, al Derecho del consumo-, en su ANEXO II, establece disposiciones que afectan directamente a la Ley de Defensa del Consumidor (LDC, Ley n° 24.240 y mod.). Recomiendo la lectura, a los fines comparativos, del trabajo anterior en el que abordé el entonces proyecto remitido por el P.E.N. al Congreso de la Nación (1); pero, ante la inminente vigencia de la ley aprobatoria (1/8/2015, según Ley n° 27.077), es conveniente una puesta a punto del régimen consumeril.

2. Conforme al citado ANEXO II, Ley N° 26.994, se modifican las siguientes normas de la LDC:

a) Art. 1°, LDC: se elimina de su texto la categoría de consumidor "expuesto", permaneciendo vigentes, en el concepto legal, el "consumidor" propiamente dicho y el consumidor "equiparado". A pesar de los esfuerzos explicativos de la Comisión redactora, acerca de su proyectada eliminación - hoy concretada-, la ausencia de la figura del consumidor meramente expuesto y, con ello, su desprotección, implica un retroceso en el régimen consumerista (2); sin embargo, ante la amplitud concedida al "consumidor" en el art. 42, Cons. Nac., debemos esperar a ver qué grado de extensión dará la jurisprudencia, ahora, al concepto de consumidor equiparado, como sujeto afectado indirectamente por los efectos de una relación de consumo que le es ajena.

b) Art. 8°, LDC: la reforma ha efectuado en esta norma un "enroque" de expresiones que en nada afectan su contenido.

c) Art. 40 bis, LDC. La indemnización del daño directo en sede administrativa, no comprende, ahora, expresamente, perjuicios de índole extrapatrimonial; el daño resarcible se limita al "ocasionado de manera inmediata" (norma ict., párrafo 1°); se trata de "daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo" (norma cot., párrafo 2°); así, a pesar de la aparente amplitud del concepto "daño directo" descripto en el párrafo 1° de la disposición legal en comentario, quedan excluidos de la cobertura indemnizatoria en esta sede, también los perjuicios a derechos personalísimos y personales del consumidor, aunque repercutan en su ámbito patrimonial (norma cit., último párrafo). De todos modos, la autorización resarcitoria a los órganos administrativos, queda sujeta a ciertas condiciones que el artículo reformado establece: competencia funcional con objetivo económico manifiestamente razonable; especialización técnica; independencia e imparcialidad; control judicial amplio y suficiente (norma cit., 3er. Párrafo, letras a, b y c); como se ve, estas circunstancias dependen del acto de creación de los órganos administrativos respectivos y de los recaudos que se adopten para dar cumplimiento a los requisitos mencionados.

d) Art. 50, LDC: la reforma mantiene el plazo de prescripción de 3 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 consummatore" en este punto específico (3); en consecuencia, se abre el siguiente panorama en

materia de prescripción liberatoria en el ámbito consumerista: i) en cuanto a las sanciones administrativas; ii) en cuanto a las acciones administrativas; iii) en cuanto a las acciones judiciales. Veamos.

Conforme al nuevo texto legal, la prescripción de las sanciones administrativas sigue operando a los 3 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 sólo desde el punto de vista conceptual y académico, sino también desde el punto de vista normativo y práctico, ello así de momento que el texto del art. 50, LDC, aún vigente, al unificar en 3 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 esta ley (o sea, la LDC), cabe preguntarse cuál es el plazo prescriptivo de las acciones administrativas, las que quedan fuera de dicho texto (4). Sobre este particular, según entiendo, 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, que se tratan "infra"; pero, tratándose de denuncia del consumidor que persigue sólo el dictado de una sanción en sede administrativa (art. 47, LDC), es decir, que "actuare en defensa del interés general de los consumidores" (LDC, art. 45, cit.), correspondería atender, en principio, al plazo genérico del nuevo art. 2560, CCC. 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 (5); 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, entiendo que el plazo de prescripción, en este caso, no varía respecto del que correspondería en sede judicial, como dije. 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 3 años del art. 2561, CCC, atento a la unificación del régimen de responsabilidad civil.

3. El Título Preliminar del nuevo CCC, establece algunas normas generales que influyen en el régimen del Derecho consumeril. Veamos.

a) Arts. 1º y 2º, CCC, estos artículos establecen que la aplicación del código y la interpretación de la ley, en general, deben hacerse teniendo en cuenta, entre otras, la normativa que emana de los tratados internacionales sobre derechos humanos; en este sentido, basta citar, p. ej., el tratamiento que debe darse al derecho de acceso al consumo, según las normas correspondientes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966 (art. 11) y la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 (art. 25) que, expresamente, establece un conjunto de derechos básicos del consumidor, con la consecuente obligación de los Estados partes, de implementarlos adecuadamente (6).

b) Art. 7º, CCC: establece que las nuevas leyes supletorias son aplicables al contrato en ejecución en la medida en que sus normas resulten "más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

c) Art. 9º, CCC: impone el principio de buena fe contractual, de notoria relevancia en materia consumataria.

d) Art. 10 CCC; otro tanto respecto del ejercicio abusivo de los derechos, tanto en su aspecto preventivo como resarcitorio.

e) Art. 11, CCC: se refiere, específicamente, a la operatividad de la buena fe contractual y la condena del ejercicio abusivo de los derechos, "cuando se

abuse de una posición dominante en el mercado".

f) Arts. 12 y 13, CCC: estos artículos, complementarios, establecen el principio de imperatividad de las normas de orden público (como las de la LDC, art. 65) y la prohibición de la renuncia general de las leyes.

g) Art. 14, CCC: esta disposición, siguiendo la impronta del fallo "Halabi" (7) distingue entre derechos individuales y derechos de incidencia colectiva (8), desamparando el ejercicio "abusivo" (9) de los primeros, cuando "pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general".

4. A su turno, el Título III, del Libro Tercero sobre Derechos personales, CCC, trata sobre los contratos de consumo.

A) Normas genéricas.

a) Art. 1094, CCC: se trata de una norma general que sienta el principio "pro consummatore" y, en particular, el "in dubio pro consummatore".

b) Art. 1092, CCC: define, en idénticos términos del art. 1º, LDC, cit., al consumidor propiamente dicho y al equiparado; ocurre lo mismo respecto de la relación de consumo como vínculo jurídico entre proveedor y consumidor o usuario (LDC, art. 3º).

c) Art. 1093, CCC: define esta norma al contrato de consumo, considerando proveedor contratante a quien habitual (10) u ocasionalmente, aporta sus bienes o servicios a disposición del consumidor o usuario, sea como "persona humana o jurídica" de índole pública o privada, como lo hace el art. 2º, CCC, aunque también como "empresa (11) productora de bienes o prestadora de servicios".

d) Art. 1095, CCC: adopta el principio "pro consummatore" y el "pro debitoris", especificando la norma del art. 37, LDC, en materia de interpretación contractual (12).

B) Prácticas abusivas.

a) Respecto de ciertas vías de hecho, esto es, conductas del proveedor que implican irregularidades en el trato hacia el consumidor, afectando la integridad espiritual de éste, el nuevo CCC recibe y confirma algunas reglas y principios del art. 8º, LDC, que esta norma prevé como "trato digno" y "prácticas abusivas", constitutivo de derechos primarios (13) de consumidores y usuarios.

b) Los arts. 1097, 1098 y 1099, CCC, tratan, respectivamente, del trato digno, del trato equitativo y no discriminatorio, y de libertad de contratar, integrantes del derecho primario de acceso al consumo (14); la reforma sitúa a esta normativa dentro del marco de los tratados internacionales de derechos humanos y el principio constitucional de igualdad; estas disposiciones y las que se comentan en la letra siguiente, se aplican al consumidor equiparado (art. 1096, CCC).

c) La Sección siguiente, arts. 1100 a 1103, CCC, se refieren al derecho de información del consumidor (art. 1100, CCC) y a ciertos aspectos referidos a la publicidad dirigida a los consumidores (arts. 1101 a 1103, CCC) (15), comprendiendo derechos primarios y sustanciales (16) de consumidores y usuarios. El art. 1100, CCC, reitera los conceptos normativos del art. 4º, LDC, en cuanto al derecho de información del consumidor; en tanto que el art. 1103, CCC, se manifiesta en términos similares al art. 8º, LDC, en cuanto a la integración del contrato de consumo con las circunstancias indicadas en los medios publicitarios del bien o servicios ofrecidos. El art. 1102, CCC, prohíbe modalidades publicitarias que adolezcan de falsedad, abuso, discriminación, o que puedan inducir a error al consumidor en virtud de las características de los reclames. Finalmente, el art. 1102, CCC, habilita al consumidor a accionar judicialmente en pos del cese de los anuncios publicitarios espurios y la publicación de los respectivos anuncios satisfactorios y/o la sentencia, con cargo al proveedor demandado.

C) Cláusulas abusivas.

a) En tanto las prácticas abusivas, como se dijo, se refieren a conductas unilaterales del proveedor, o sea, datos fácticos de la situación de consumo, las cláusulas abusivas constituyen normas contractuales, formalmente bilaterales, aunque también revisables por el régimen legal protector del derecho sustancial de preservación de los intereses económicos del consumidor (17).

b) Según el art. 1119, CCC, "cláusula abusiva" es aquella que implica un "desequilibrio significativo" entre los lotes de derechos atribuibles y obligaciones imputadas a cada parte del contrato de consumo, en la medida en que se constate un desbalance "en perjuicio del consumidor". Ciertamente, no se trata de un desequilibrio necesariamente "cuantitativo", sino sujeto a "pesaje" o ponderación, ya que se trata de que la asimetría en las posiciones de negociación, a favor del proveedor, no se traslade al contrato en perjuicio del consumidor: la asimetría negocial no debe traducirse en una asimetría contractual a través, precisamente, de cláusulas (normas del contrato) abusivas. Tales cláusulas, aunque cuenten con la aquiescencia del consumidor, " pueden ser declaradas abusivas (art. 1118, CCC). El art. 1120, CCC, refuerza el criterio expuesto al considerar situación abusiva a la predisposición, por el proveedor, de actos jurídicos conexos que impliquen un desequilibrio similar al comentado "supra", desventajoso para el consumidor.

c) El art. 1117, CCC, dispone que las normas de los arts. 985 a 988, CCC, son aplicables en materia de cláusulas abusivas en contratos de consumo. Las normas mencionadas integran la Sección dedicada a los "contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas"; se trata de normas generales aplicables a cualquier figura contractual en la que se dé la situación mencionada. El art. 985, CCC, se refiere a las "cláusulas generales predispuestas", las que deben ser "comprensibles, y autosuficientes". El art. 986, CCC, establece que una cláusula particular -negociada individualmente- prevalece, en caso de desinteligencia, sobre las cláusulas generales - "predispuestas unilateralmente"- . Las cláusulas predispuestas ambiguas, se interpretan en contra del predisponente; entiendo que igual solución corresponde en caso de cláusulas predispuestas que adolezcan de vaguedad en sus términos.

d) Compete al juez declarar como no convenida -o "no escrita, CCC, art. 988-, la cláusula abusiva y, en caso de decidir la nulidad parcial del contrato, debe integrarlo (18), se frustra su finalidad.

e) No se consideran abusivas las cláusulas que se refieren a la relación precio-bien o servicio; y las que reflejen normativas de tratados internacionales o de orden público (19).

f) finalmente, las cláusulas abusivas son tales aun cuando se hayan incorporado al contrato de consumo tras negociación con o aprobación del consumidor (art. 1118, CCC). (20)

D) Contratos de consumo sujetos a modalidades especiales.

a) Celebrados "fuera del establecimiento comercial". El art. 1104, CCC, refiere a los supuestos ya previstos en los arts. 32 y 33, LDC, aunque extendiéndolos a los contratos de consumo en general y no sólo a los de compra-venta.

b) Celebrados "a distancia". El art. 1105, CCC, se refiere, en general, a los contratos de consumo que pueden celebrarse "sin la presencia física simultánea de las partes contratantes".

c) Celebrados "por medios electrónicos". En estos supuestos en particular, el soporte empleado se equipara al formato escrito (art. 1106, CCC); el proveedor debe informar al consumidor sobre el contenido mínimo del contrato, su facultad de revocación y la manera de utilizar dichos medios, con prevención de los riesgos inherentes (art. 1107, CCC); también debe

comunicarle la recepción de la aceptación de la oferta formulada, durante su tiempo de vigencia (art. 1108, CCC).

d) En estos casos, se considera lugar de cumplimiento aquél en el que el consumidor recibe o debió recibir la prestación del proveedor; allí se fija la jurisdicción y toda cláusula en contrario carece de efectos (art. 1109, CCC).

e) Finalmente, se prevé un conjunto de normas referidas a la facultad de revocar la aceptación, por parte del consumidor, en dichos supuestos. Tal facultad es irrenunciable (art. 1110, CCC); no se extingue si el proveedor no le informó a su respecto (art. 1111, CCC); puede ejercerse mediante la devolución de la cosa objeto del contrato, dentro del plazo (art. 1112, CCC); su ejercicio libera a las partes de las obligaciones aun no cumplidas; las que lo fueron, deben restituirse (art. 1113, CCC); ante la imposibilidad de devolución, el consumidor puede revocar la aceptación, pero si aquélla le es imputable, debe indemnizar (art. 1114, CCC); los gastos de la revocación no pesan sobre el consumidor (art. 1115, CCC). Sin embargo, no opera la revocación, en principio, por razones atinentes a la índole de la cosa objeto del contrato, o por ser ésta personalizada o confeccionada bajo instrucciones del consumidor; también tratándose de ciertos productos tecnológicos, o material periodístico, diario o periódico (art. 1116, CCC).

E) Contratos bancarios.

a) Norma general. Conformar al art. 1384, CCC, el régimen legal de los contratos de consumo es aplicable a los contratos bancarios, en los términos del art. 1093, CCC; en consecuencia, dicha normativa se aplica en el marco de esta última disposición (vid supra: 4), A), c)).

b) Normas particulares. El nuevo CCC prevé un conjunto de normas que hacen hincapié en el deber de información que incumbe al proveedor; ello así tanto respecto de aspectos previos a la concertación de un contrato de consumo (referidos a requisitos que debe observar la publicidad bancaria -art. 1385, CCC- y a tramos precontractuales propiamente dichos -art. 1387, CCC-, como a aspectos que hacen a la forma (art. 1386, CCC) y al contenido (art. 1388, CCC) del contrato de consumo; y, en particular, los contratos de crédito (art. 1389, CCC).

5. Tiempo compartido. Este instituto jurídico, conforme lo dispone el art. 2100, CCC, se rige por las normas relativas a las relaciones de consumo del propio Código y leyes especiales. La afectación de ciertos bienes al uso periódico y por turnos, con fines variables -art. 2087, CCC- se da en un vínculo jurídico entre determinados proveedores -propietario, emprendedor, comercializador y administrador- con el usuario del tiempo compartido, en los términos del CCC y la LDC (21).

6. Régimen de la responsabilidad civil. La LDC, de orden público (art. 65, ley cit.) y específica en materia consumerista (art. 1º, ley cit.), resulta de aplicación inexcusable en situaciones de consumo (22). En consecuencia, tanto el CCC, como así también otras leyes especiales, ceden ante el régimen instituido por aquélla, máxime si se trata de normas supletorias (23). Ciertamente, este rubro merece un tratamiento amplio, impropio de un trabajo como el presente.

7. Arbitraje. Conforme al art. 1651, CCC, "quedan excluidos del contrato de arbitraje las...materias...vinculadas a derechos de usuarios y consumidores (norma cit., inc. c). El arbitraje, de índole jurisdiccional (24), se reserva al ámbito local (art. 59, LDC), quedando sus autoridades a cargo del juzgamiento de las cuestiones del consumo (art. 42, LDC).

8. Creo conveniente cerrar estas breves reflexiones con un comentario a la situación planteada por el art. 765, CCC, en cuanto a la facultad del deudor de cumplir con su obligación pactada en divisas, mediante el pago en moneda de curso legal en nuestro país. En efecto, la mencionada disposición legal distingue entre moneda extranjera y moneda de curso legal en nuestra República; los compromisos contraídos en esta última moneda, se consideran obligaciones de dar sumas de dinero; las otras, obligaciones de dar cantidades

de cosas (CCC, norma cit.); ello así ya que la moneda extranjera no es dinero, sino una mera cosa (25). en este sentido, el art. 617, Cód. Civil, original, sentaba dicho principio y, correlativamente, el art. 619 del mismo cuerpo legal, desligaba al deudor pagando éste su obligación en "la especie designada", o sea, en la moneda de curso legal pactada, o en "otra especie de moneda nacional", reconociendo así la posibilidad de que existiera más de una especie de moneda de curso legal autorizada por el Estado (26); en estos términos, las obligaciones en moneda extranjera constituyen deudas de valor, indemnizables en moneda nacional. La Ley n° 23.928, de convertibilidad del austral, modificó los citados arts. 617 y 619, Cód. Civil; la primera norma equiparó las obligaciones pactadas en moneda extranjera, con las de dar sumas de dinero; la segunda, sentó el principio de respeto al compromiso de pagar la obligación dineraria en la especie pactada, exclusivamente. Ahora bien, el art. 766, CCC, establece, expresamente: "el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada"; en estos términos, y siendo que el art. 765, CCC, cit., ofrece la alternativa, para el deudor que contrajo la deuda en moneda extranjera, de cumplir con su obligación "dando el equivalente en moneda de curso legal", puede cuestionarse si hay contradicción entre ambas normas, ya que una de ellas (art. 765, CCC), permite ("el deudor puede") lo que la otra, "contrario sensu", (art. 766, CCC), no autoriza ("el deudor debe") (27). Veamos.

El citado art. 765, parte 2ª, CCC, es categórico en cuanto dispone que "si por el acto por el cual se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal"; en estos términos, queda claro que la norma aludida excluye, a estas obligaciones pactadas en moneda extranjera, del régimen instituido por el CCC respecto de las deudas dinerarias, facultando al deudor, en todos los casos, a pagar su obligación en moneda nacional. Ahora bien, si los supuestos previstos por el art. 765, CCC, refieren a obligaciones de dar moneda nacional (sumas de dinero) y obligaciones de dar moneda extranjera (cantidades de cosas), respectivamente, cabe preguntarse cuál es el sentido del art. 766, CCC, cit., al imponer al deudor una conducta (pagar en la misma especie monetaria pactada) inconsistente con la opción del art. 765, CCC, cit., que la autoriza (28) a ejercer una acción (pagar en moneda nacional la obligación que se constituyó en moneda extranjera) incompatible con aquélla.

Se ha sugerido que, en los términos del art. 1197, Cód. Civil (arts. 958 y 959, CCC), debe respetarse la voluntad expresa de los contratantes que decidieron constituir la obligación en moneda extranjera prescindiendo de la opción que el art. 766, CCC, cit., otorga al deudor; ésta operaría supletoriamente ante el silencio manifiesto en el contrato (29). Sin embargo, este criterio parece admitir la relevancia de una renuncia anticipada por parte del deudor, supuesto que caería dentro de la órbita de prohibición del art. 944, CCC, (30); en consecuencia, permaneciendo incólume la facultad del deudor de optar por pagar la obligación en moneda nacional, persistiría la incompatibilidad normativa de los arts. 765 y 766, CCC.

Ahora bien, el art. 766, CCC, cit., -inserto en un régimen referido a las deudas de dar sumas de dinero, del cual, como se dijo, el art. 765, CCC, cit., excluye expresamente a las obligaciones pactadas en moneda extranjera- está referida a las deudas dinerarias en concepto de capital previendo, como lo hacía el art. 619, Cód. Civil, original, la existencia simultánea de más de una especie monetaria de curso legal en el país (peso papel, peso oro, p. ej.); de allí que la obligación principal del deudor consiste en pagar en la "especie de moneda] designada" (art. 766, CCC, cit.); dicha norma, reflejo del principio nominalista (31), se integra, en el Parágrafo respectivo, con las disposiciones relativas a intereses compensatorios, moratorios y punitivos, usuales en los acuerdos sobre obligaciones dinerarias (32).

Se ha señalado, asimismo, que no existe razón suficiente para considerar que la norma facultativa del art. 765, CCC, cit., sea de orden público, por lo que puede válidamente pactarse el pago exclusivamente "en especie", de las deudas en moneda extranjera (33), incluso, tratándose de obligaciones que surgen de contratos de consumo (34). A este respecto, me permito formular dos

observaciones: 1) en primer lugar, pongo en duda que una norma como la del art. 765, CCC, cit., que concede a un habitante de la República la opción de pagar en moneda nacional una deuda contraída en moneda de curso legal en otro país, no interese al orden público local, tornando renunciable dicha opción; 2) pero, además, con particular referencia a obligaciones constituidas por consumidores y usuarios, sin perjuicio de la norma genérica del art. 944, CCC, cit. -la que, 'prima facie', parece referirse, primordialmente, a circunstancias de orden procesal-, creo que la disposición del art. 37, b, LDC, según la cual "...se tendrán por no convenientes...las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor...", constituye una férrea valla a la posibilidad de enervar la facultad de opción (35) que atribuye el mencionado art. 765, CCC, cit., al deudor en moneda extranjera.

Por último, y a todo evento, ha de recordarse que tratándose de normas más favorables al consumidor, las nuevas leyes, aun las supletorias, son aplicables a los contratos en curso de ejecución (art. 7º, CCC, cit.); esta evaluación debe hacerse sobre base jurídica, sin perjuicio de las consideraciones de tipo económico que puedan influir en su ponderación (36).

Notas al pie:

1) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Comentarios al proyecto de unificación del Código civil y el Código de Comercio de la Nación; P.E.N. 2012. en materia de Derechos del Consumidor"; www.infojus.gov.ar, 10/7/2012.

2) CONDOMÍ, A.M.; op cit.

3) No obstante, téngase presente la norma genérica del art. 1094, CCC.

4) Acciones que, precisamente, siguen constituyéndose en causas de interrupción de la prescripción de las sanciones administrativas (LDC, art. 50, ref., 'in fine').

5) Respecto de las multas tributarias, véase: FONROUGE, GIULIANI; "Derecho Financiero", Vol. II, Depalma, 1982.

6) CONDOMÍ, A.M.; "El árbitro de consumo frente a los derechos primarios del consumidor"; www.infojus.gov.ar, 7/12/2011.

7) CSJN, 24/2/2009.

8) Que, en "Halabi", la CSJN divide en "derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos" (p. ej., el ambiente), y "derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos" (o derechos individuales homogéneos; p. ej., derechos de consumidores y usuarios).

9) La norma pudo omitir el término "abusivo", pues un ejercicio tal ya está vedado en el art. 10, CCC.

10) Del juego armónico de los arts. 2º, LDC, y 1093, CCC, entiendo que en esta última norma la "profesionalidad" del proveedor está referida a la habitualidad como alternativa no excluyente en el ejercicio de su actividad, ya que, como indica el art. 2º, LDC, cit., el profesional puede actuar aun ocasionalmente aunque, por lo general, haga un hábito de su intervención en el mercado.

11) Como es sabido, en rigor, la "empresa" no es sujeto de derecho, sino una organización (HALPERÍN, ISAAC; "Curso de Derecho Comercial", Vol I; Depalma, 1978) por lo que no puede constituirse en parte de un contrato, aunque pueden contemplarse las formas 'sui generis' de agrupaciones de colaboración y de las uniones transitorias de empresas, que no son personas jurídicas ni sujetos de derecho (arts. 367 y 377, Ley 19550), aunque se admite su actuación contractual (arts. 373, 779, 381 y ccs., Ley cit.).

12) Ver: CONDOMÍ, A.M.; "Reflexiones generales sobre Defensa del Consumidor y Sistema Arbitral de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (primeras aproximaciones); www.infojus.gov.ar, 20/10/2011.

13) CONDOMÍ, A.M.; "El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor", cit.

14) Ídem nota anterior.

15) Sobre el tema en general, puede verse: CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos en el Derecho del consumo. Octava parte. (el factor publicidad)"; www.infojus.gov.ar, 5/3/2015.

16) CONDOMÍ, A.M.; "El árbitro de consumo ante los derechos sustanciales del consumidor"; www.infojus.gov.ar, 20/03/2012.

17) CONDOMÍ, A.M.; ídem nota anterior.

18) Sin perjuicio de que el tema merece un desarrollo ulterior más profundo,

recordemos que, en tanto "interpretar" el contrato significa comprender "cuál es el alcance, el sentido, del consentimiento contractual", "integrarlo" "importa salvar una omisión u oscuridad en que incurrieron las partes del contrato al formular la declaración de voluntad común" (SPOTA, ALBERTO G.; "Contratos en el Derecho Civil" -tomo III-; Ediciones Esnaola, 1965). También se distingue entre integración e "interpretación integradora"; ésta coincide, en principio, con el concepto de "integración" recién indicado, es decir, como procedimiento tendiente a "colmar lagunas de la voluntad de los contratantes", en tanto que la integración lisa y llana, imputa "al negocio jurídico determinados efectos dispuestos por ley", independientemente de la voluntad de las partes; ésta opera sobre los efectos del contrato; aquélla, sobre la declaración común de voluntad de los contratantes -ref. Art. 1137, Cód. Civil actual- (FONTANARROSA, RODOLFO O.; "Derecho Comercial Argentino", Tomo II, Víctor P. de Zavalia Editor, 1979). En estos términos, (en qué consiste la integración del contrato de consumo en el sentido indicado en las normas comentadas? Ciertamente, la propia ley, juez mediante, al dejar sin efecto (considerándolas "no convenidas" o "no escritas") las cláusulas que juzga abusivas crea, 'per se', los "huecos" o lagunas en la estructura del contrato, que requieren ser colimados por el magistrado, en la medida en que la ausencia de tales cláusulas perjudique la finalidad contractual; y, claro está, la eliminación de ciertos tramos significativos del acuerdo -es decir, las normas contractuales que perjudican al consumidor- implica, en sí, la atribución de algunos efectos jurídicos diversos de los previstos por las partes, sin perjuicio de las disposiciones que el juzgador introduzca a fin de preservar la economía general del contrato así integrado.

19) Ver: CONDOMÍ, A.M.; "Comentarios al proyecto...", cit.

20) Ídem anota anterior.

21) Ibídem nota anterior.

22) CONDOMÍ, A.M.; "Primeros pasos...Séptima parte. (Modelización del Derecho del Consumo); www.infojus.gov.ar; 3/10/2014.

23) CONDOMÍ, A.M.; "Comentarios al proyecto...", cit.

24) CONDOMÍ, A.M.; "Reflexiones generales...", cit.

25) LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN - RAFFO BENEGAS, PATRICIO - SASSOT, RAFAEL A.; "Compendio de Derecho Civil - Obligaciones-"; Editorial Perrot, 1974.

26) Téngase presente, p. ej., la vigencia del peso argentino oro, mediante ley 1130 de 1881, ref., cuya convertibilidad fue abandonada en 1929.

27) PORCEL, ROBERTO; "Quién interpreta el Código Civil", <http://opinion.infobae.com>. En términos de lógica deóntica: "Op = V-p", pues si una conducta es obligatoria, su opuesta está prohibida, y si ésta está prohibida (V-p), entonces, no está permitida (-P-p); de dónde obligar a pagar en la moneda extranjera según lo pactado (Op) es incompatible con permitir que se pague en moneda nacional (P-p). Esto así, si se entiende que pagar en moneda nacional y pagar en moneda extranjera son conductas opuestas (una niega a la otra).

28) Queda claro que el art. 765, CCC, cit., en ningún momento "obliga" al deudor a satisfacer la obligación en moneda de curso legal en la República (Ver: BRINDICI, MARTÍN; "Comentario sobre los nuevos arts. 765 y 766 del Proyecto de unificación de Código Civil y comercial. Análisis sobre posible pesificación de los contratos"; ciara.com.ar).

29) BINDICI, M.; op cit.

30) PORCEL, R.; op cit.

31) PAOLANTONIO, MARTÍN E.; "Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil"; Lecciones y Ensayos, n° 90, 2012.

32) PAOLANTONIO, M.E.; "Las obligaciones...", cit.

33) Ídem nota anterior.

34) Ibídem nota anterior.

35) En tales términos, se trataría de una obligación facultativa, al existir "una unidad de objeto debido" pero una "pluralidad de objetos aptos para el pago" (LLAMBÍAS-RAFFO BENEGAS-SASSOT, cit.

36) Ver el razonamiento económico en PAOLANTONIO, M.E.; op cit.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 28 DE ABRIL DE 2015

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.928, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.50, LEY 26.994, LEY 26.994 Art.1 al 2, LEY 26.994 Art.7, LEY 26.994 Art.9, LEY 26.994 Art.10, LEY 26.994 Art.11, LEY 26.994 Art.12, LEY 26.994 Art.13, LEY 26.994 Art.14, LEY 26.994 Art.765, LEY 26.994 Art.766, LEY 26.994 Art.944, LEY 26.994 Art.958, LEY 26.994 Art.959, LEY 26.994 Art.985 al 988, LEY 26.994 Art.1092, LEY 26.994 Art.1093, LEY 26.994 Art.1094, LEY 26.994 Art.1095, LEY 26.994 Art.1097, LEY 26.994 Art.1098, LEY 26.994 Art.1099, LEY 26.994 Art.1100, LEY 26.994 Art.1101, LEY 26.994 Art.1102, LEY 26.994 Art.1103, LEY 26.994 Art.1104, LEY 26.994 Art.1105, LEY 26.994 Art.1106, LEY 26.994 Art.1107, LEY 26.994 Art.1108, LEY 26.994 Art.1109, LEY 26.994 Art.1110, LEY 26.994 Art.1111, LEY 26.994 Art.1112, LEY 26.994 Art.1113, LEY 26.994 Art.1114, LEY 26.994 Art.1115, LEY 26.994 Art.1116, LEY 26.994 Art.1117, LEY 26.994 Art.1118, LEY 26.994 Art.1119, LEY 26.994 Art.1120, LEY 26.994 Art.1384, LEY 26.994 Art.1385, LEY 26.994 Art.1386, LEY 26.994 Art.1387, LEY 26.994 Art.1388, LEY 26.994 Art.1389, LEY 26.994 Art.1651, LEY 26.994 Art.2087, LEY 26.994 Art.2100, LEY 26.994 Art.2560, LEY 26.994 Art.2561, LEY 27.077, Ley 23.054

Ref. Jurisprudenciales: Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986

Primeros pasos en el Derecho del consumo. Novena parte (Desde el consumo)

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 5 DE MARZO DE 2015

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

1. Desde antiguo, se ha señalado como objeto de los hechos económicos al proceso de producción, distribución y consumo de la riqueza (1) - en concreto, bienes y servicios - con qué atender las necesidades humanas; en estos términos, la economía se ocupa de la subsistencia humana, tendiendo a la satisfacción de sus necesidades - en principio, ilimitadas -, a partir de los recursos disponibles -escasos - (2).

2. Al respecto, he indicado con anterioridad que dicho proceso se da en una denominada estructura de consumo (3) conformada, entre otros, por la red de provisión - proveedores-, y consumidores y usuarios - destinatarios finales de bienes y servicios -. También he propuesto una visión del derecho de consumo estructurante y reorientadora que, sobre la base de la omnipresencia del consumidor como referente inexcusable de los procesos económicos, promueva las articulaciones necesarias entre ellos, a fin de configurar su adecuada integración (4).

3. Tan pronto como se reconozca la posición preferente del consumo y su protagonista - el consumidor - como centro dinámico de referencia (5) de los procesos económicos, se admitirá la concepción de la estructura de consumo como integradora en su seno de todos los aspectos de tales procesos - incluyendo los relativos a la red de provisión - con sus circunstancias. En efecto, dicha estructura comprende, integrándolos, no sólo aquellos elementos que surgen con evidencia - el consumidor y su actividad propia, el consumo - sino también la red de provisión - con sus protagonistas, los proveedores y sus vínculos - y el resto de factores oportunamente indicados, que incluyen al mercado y los bienes y servicios (6).

4. En este sentido, entonces, no es sino desde la perspectiva del consumo y, en particular, del consumidor - ya que sin consumidor no hay consumo posible - que debe replantearse el enfoque teórico-práctico de esta temática. En efecto, de la poca atención prestada a la función económica "consumo" (7), pasando por la relativización del enfoque centrado en "la posición suprema de la producción" (8), se llega a una suerte de "entronización" del consumo y sus actores -más allá, o a pesar - de las rigideces derivadas del tratamiento matematizado de la economía, traducido en "curvas de oferta y demanda", ecuaciones de "costo/precio/beneficio", consideración del consumo conforme a la "utilidad" que prestan los bienes y servicios al consumidor, etc. (9).

5. Ciertamente que en estadios originarios de los grupos humanos, en los que la actividad económica se limita a modos de subsistencia (10), particularmente referidos a caza, pesca y recolección, horticultura, pastoralismo, y agricultura (11), las figuras del productor y del consumidor se confunden en uno solo, el prosumidor, esto es, quien produce para el consumo propio y de sus allegados; TOFFLER se refiere a la "primera ola", donde se da la "producción para el uso" -propio-, dividida en los "primitivos" - que viven de la caza y de la pesca- y los "civilizados"- exponentes de la cultura agrícola-; en ambos casos, se produce para sí, sin perjuicio de que tales agricultores puedan destinar ciertos excedentes para el intercambio por otros productos (13).

6. A su turno, la denominada "revolución industrial" (la segunda ola de TOFFLER -op cit-) con su compleja dinámica tecnológica (14) determina, acabadamente, la separación entre productores -generalizando, proveedores-, y

consumidores. En esta etapa se da la "producción para el intercambio", esto es, para el mercado (15) en sentido moderno; es decir, el ámbito en que cada cual ofrece los bienes y servicios que produce, precisamente, para tal fin. Y es en esta etapa de diferenciación de funciones económicas en la que, paulatinamente, se va perfilando la figura preponderante del consumo y sus protagonistas -usuarios y consumidores- con su consecuente reflejo en el ámbito jurídico.

7. En efecto, la dinámica contractual, en sociedades de modelo individualista, bajo el principio de responsabilidad subjetiva, limita notablemente las pretensiones resarcitorias del consumidor. Ocurre que el pensamiento jurídico decimonónico, se halla apegado a los moldes del derecho privado común, situación claramente demostrable, p. ej., respecto de las relaciones laborales, que guarda similitud con la materia consumataria (principios pro operario y pro consummatore, respectivamente. Así, en el precedente, "Langridge vs. Levy" (16), de 1837, el tribunal norteamericano interviniente, además de imputar dolo al demandado -el vendedor-, forzó la estructura del contrato para incluir, como parte del mismo, a un tercero -el perjudicado, a quien, en definitiva, se le concedió la indemnización pretendida-. A su turno, en "Donoghue vs. Stevenson" (17), de 1932, un tribunal inglés condenó, 'omisso medio', al fabricante de un producto defectuoso por el daño ocasionado al actor, prescindiendo del vendedor intermediario, ya que el control sobre el artículo vendido siempre permanece en cabeza del fabricante; este último fallo, como se ve, si bien parece reposar sobre una suerte de 'culpa in vigilando' subsistente del fabricante en cuanto al producto dañoso, anticipa un aspecto del reproche de responsabilidad respecto del consumidor, al admitir el reclamo directo a aquel, no obstante la interposición del vendedor.

8. A su turno, MILTON y ROSE FRIEDMAN (18), pasan revista crítica a la actividad desplegada por diversos organismos oficiales implementados en EE.UU. para controlar el mercado en cuestiones relativas al consumo. Así, en particular, se refieren a la Comisión Interestatal de Comercio (ICC), la Administración para Alimentos y Medicamentos (FDA), la Comisión para la Seguridad de los Productos de consumo (CPSC); también se ocupan del medio ambiente y del Departamento de Energía, concluyendo con su fe en el mercado y la función protectora del consumidor que el mismo cumpliría "mucho mejor que las alternativas ofrecidas por los mecanismos gubernamentales" (19). Debe destacarse, sin embargo, que, si bien los autores citados entienden justificadas, en principio, las críticas formuladas a los efectos de la denominada "mano invisible" del mercado auto-regulador (Adam SMITH), tienden a descalificar los dispositivos gubernamentales diseñados para combatir tales efectos, combate que, según ellos, se logra mejor desde el propio mercado, prescindiendo de recurrir a mecanismos estatales que interfirieran su dinámica (loc cit).

9. Lo cierto es que, como se sabe, aun cuando, a veces, resulte cierto que "el remedio puede ser peor que la enfermedad" (20) los Estados, en general, han generado normativas, organismos y políticas proclives a la defensa y protección de consumidores y usuarios a la luz, incluso, de directivas y normas de alcance regional e internacional en la materia. De modo que, en la actualidad, en que el consumo y sus protagonistas se perfilan como eje central en torno al cual se desarrollan la producción, circulación, distribución y colocación, a niveles local, regional e internacional, de bienes y servicios, bajo control y fiscalización estatales, la red de provisión con sus protagonistas -proveedores y prestadores- no puede soslayar las exigencias fácticas, normativas y axiológicas que se evidencian en las actuales estructuras de consumo, domésticas y externas.

10. Ocurre que, como se dijo, la estructura de consumo, en mi concepto, incluye no sólo a consumidores/usuarios, sino también a los propios proveedores/prestadores. Ahora bien, es posible pensar -y aún, constatar- la existencia de consumidores que no sean, a la vez, protagonistas de la red de provisión -como puede ser el caso de los "prosumidores" de TOFFLER (loc cit), o de desposeídos que sólo subsistan de la caridad y buena voluntad privadas o de subsidios oficiales, etc (21)-, pero no es posible concebir a un proveedor que no sea, al mismo tiempo, consumidor, pues esta condición es inherente a

nuestra indole humana porque donde hay un ser humano, hay un consumidor.

En estos términos, queda claro que el consumo, en tanto función económica capital, merece atención jurídica decisiva, atento a su carácter omnipresente en los procesos de mercado (22). Y es así que, desde el consumo, precisamente, es menester achicar la brecha que, partiendo del productor, desemboca en el consumidor, no sólo porque la función de éste, en definitiva, justifica la actividad de aquél, sino porque, como quedó dicho, el consumo incluye, como protagonistas, al propio productor y al resto de los integrantes de la red de provisión, ya que nadie, en tanto ser humano, puede escapar al consumo.

Notas al pie:

- 1) MARTIN Y HERRERA, FELIX, "Curso de Economía Política", Compañía Sudamericana de billetes de banco, 1909.
- 2) BEVERAGGI ALLENDE, WALTER, "Economía política y argentina", Tomo I, Editorial Manuel Belgrano, 1969.
- 3) CONDOMI, ALFREDO MARIO, "Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -primeras aproximaciones-, www.infojus.gob.ar, 20/10/2011.
- 4) CONDOMI, A.M, "Primeros pasos en el Derecho del consumo. Séptima parte (Modelización del Derecho del consumo)", www.infojus.gob.ar, 3/2013.
- 5) CONDOMI, A.M., "Primeros pasos.... Segunda parte", www.infojus.gob.ar, 25/10/2013.
- 6) CONDOMI, A.M, "Reflexiones generales...", cit.
- 7) MARTIN Y HERRERA, F., op cit. Este autor recuerda, no obstante, a Jenofonte para quien "sólo es útil la riqueza para el que sabe hacer buen uso de ella", referencia que aludiría actualmente a los bienes de consumo.
- 8) GALBRAITH, JOHN KENNETH, "La sociedad opulenta", Planeta/Agostini, 1992. Al respecto, se ha dicho que "durante mucho tiempo se descuidó el problema del marco institucional del consumo de bienes y de prestaciones de servicios, ya que el interés estaba enfocado principalmente en los problemas de producción y distribución", FURSTENBERG, FRIEDRICH, "Sociología económica", Ediciones Manes, 1962.
- 9) Vease, p. ej., CONDOMI, A.M., "Primeros pasos... Cuarta parte (Vicisitudes del consumidor)", www.infojus.gob.ar, 22/11/2013.
- 10) LLOBERA, JOSE RAMON, "Las sociedades primitivas", Salvat Editores, s.a., 1974.
- 11) A diferencia de la horticultura, la agricultura incorpora tecnologías avanzadas en gran número de habitats, con división social del trabajo (LLOBERA, J.R., loc cit).
- 12) TOFFLER, ALVIN, "La tercera ola", Hyspamérica, 1986.
- 13) TOFFLER, A., op cit. El modo de subsistencia agrícola admite la existencia de cierto artesanado y un incipiente mercado (LLOBERA, J.R., loc cit) .
- 14) Tecnología que, por cierto, rebasa el estricto ámbito industrial en sentido propio pasando, incluso, al ámbito social, aun en materia jurídica (CONDOMI, A.M., "Ubicación del juez desde la tecno-ciencia jurídica", Doctrina Judicial, 24/5/2000.
- 15) El mercado o red de intercambio, "ese dédalo de canales a cuyo través las mercancías o servicios producidos por usted llegan hasta mí y viceversa" (TOFFLER, A., op cit). Su característica esencial estaría dada por "el divorcio operado entre productor y consumidor", por lo que funcionaría también en economías de trueque, no capitalistas, esto es, no basadas en el beneficio en dinero (loc cit). El pensamiento liberal rechaza esta idea, concibiendo únicamente el mercado - como "proceso eminentemente dinámico"- en una economía libre, basada en la propiedad privada, donde el consumidor dirige los recursos disponibles -escasos- en función de sus necesidades -ilimitadas- BENEGAS LYNCH (h.), "Fundamentos de análisis económico", EUDEBA, 1981].
- 16) Ver, CONDOMI, A.M., "Reflexiones generales...", cit.
- 17) Idem nota anterior.
- 18) FRIEDMAN, MILTON Y ROSE, "Libertad de elegir", Planeta-Agostini, 1993.
- 19) Idem nota anterior.
- 20) Un caso particular, de orden estrictamente legal, lo constituyen en nuestro país los servicios de profesionales universitarios matriculados, en la medida en que subsistan exclusivamente del ejercicio de sus profesiones, ya que el art. 2*, LDC, los excluye del concepto normativo de "proveedores",

apartándolos, en principio, del régimen consumerista. Ver, no obstante, CONDOMI, A.M., "Primeros pasos...Sexta parte (El usuario de servicios de profesionales liberales). www.infojus.gov.ar , 22/5/2014.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 5 DE MARZO DE 2015

:

Editorial:

Primeros pasos en el Derecho del consumo. Octava parte.

(El factor publicidad)

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 5 DE MARZO DE 2015

TEMA

RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-INFORMACION AL CONSUMIDOR-PUBLICIDAD ENGAÑOSA

TEXTO

1. El pensamiento liberal sostiene el protagonismo preponderante del consumidor en un sistema económico abierto. Así, p. ej., BENEGAS LYNCH (h.) (1) afirma que "el fin de la Economía es la satisfacción del consumo, exclusivamente este es su norte", de modo que "los escasos recursos económicos] son distribuidos acorde con las prioridades del consumo", en consecuencia, "el consumidor es el que dirige el proceso de mercado". En otras palabras, el consumo justifica la producción, circulación, distribución y colocación de bienes y servicios en el mercado, constituyéndose en " el término de todo el proceso económico (2) y el fin de la actividad" (3).

2. En estos términos, se entiende sin dificultad que, en un mercado de competencia monopolística (4), los proveedores - en particular, aquellos que ofrecen bienes y/o servicios similares - pugnen entre sí para captar la atención y, eventualmente, influir en los consumidores para que éstos se sirvan de los productos que aquéllos promocionan. Siendo esto así, la publicidad - en tanto llamado de atención sobre el bien o servicio ofrecido (reclame), y medio de convencimiento y determinación de adquisiciones por parte del consumidor (5) - se manifiesta como factor de persuasión a su respecto.

3. Sin embargo, la influencia que la publicidad puede ejercer en el espíritu del consumidor, podría derivar en un estadio avanzado de convencimiento y determinación, por el modo en que éstos se producen, se trataría de un modo de "imposición de voluntad" consumista, al que BENEGAS LYNCH (h.) llama compulsión (6). En tal caso, el proveedor ya no trataría, simplemente, de persuadir a la clientela potencial para que adquiriera sus bienes o servicios sino, llana y lisamente, que ésta "se encuentre obligada" a consumir los productos publicitados (7), de ser esto así, resultaría prudente, en principio, que el Estado adoptara medidas tendientes " a proteger al consumidor contra sí mismo", en tanto y en cuanto, claro está, tales medidas fueran las apropiadas (8).

4. De todos modos, existen supuestos claros en que la voluntad de consumo no es ejercida sino bajo condicionamientos tales que ponen en serio cuestionamiento la autonomía del consumidor al respecto, amenazando - o vulnerando, directamente - su libertad de elección (9), por imposición de integrantes de la red de provisión, mediante ardidés publicitarios (10)

En efecto, en primer lugar, un anuncio poco claro, manifestado en términos, imágenes, actitudes, de características ambiguas o vagas, tiende a provocar confusión en el consumidor, pudiendo inducirlo a error respecto de las bondades aparentes del bien o servicio publicitado (11). Tales conductas publicitarias trascienden las relaciones de consumo respectivas afectando, no sólo las previsiones de la normativa consumerista (LDC, art. 4 y ccs.), sino que puede incurrirse, asimismo, en deslealtad comercial (LLC, art. 9 y ccs.) y menoscabo de la legítima competencia, p. ej., publicando o difundiendo un aviso que puede interpretarse erróneamente como menosprecio a una marca, producto o empresa en competencia, o derivar en sospechas o graves dudas a su respecto (arg. Art. 1, LDCP). (12).

El segundo supuesto - si se quiere, casos agravados de los expuestos en el párrafo anterior - consistirá en aquellas conductas publicitarias dolosas,

dirigidas a provocar error en el consumidor, en favor de los productos implicados en el anuncio respectivo, se trata de casos de fraude publicitario en perjuicio del cliente y de terceros empresarios. Constituyen "reclames" en los que, a sabiendas, se afirman bondades inexistentes, o se callan circunstancias negativas, contraproducentes o contraindicadas, en el bien o servicio publicitado, con los riesgos consecuentes para el consumidor.

Por cierto, podrá resultar conflictivo el deslinde entre la culpa (exagerar las bondades o ser negligente en la enumeración de las circunstancias negativas del producto anunciado) y el dolo del anunciante (afirmar, o callar con falsedad, respectivamente), pero la ponderación del caso siempre ha de reposar en el principio pro consummatore, atento a la consabida asimetría en la información existente entre proveedores y consumidores (13), siendo que, en definitiva, la información constituye un derecho sustancial del consumidor (14), "apareciendo como un elemento nivelador de las relaciones interpersonales proveedor-consumidor] y como herramienta para el ejercicio de los restantes derechos como ser] el derecho a contratar libremente" (15).

5. Quid de las agencias de publicidad. En la relación entre anunciante (empresa cuyo bien o servicio se publicita) y anunciador (órgano en cuyo medio se publicita) pueden interponerse intermediarios tales como el agente de publicidad, sea éste quien obtiene anuncios para el anunciador (vínculo agente-anunciador), o quien organiza una campaña de publicidad para el anunciante (vínculo agente-anunciante) (15), este último es el caso de la agencia de publicidad, a la que me refiero en este trabajo, esto es, la organización de medios y personal técnico, peritos y especialistas en publicidad, y artes y ciencias afines, que se ocupa de proyectar y ejecutar campañas publicitarias para los anunciantes (17). Estas entidades cuentan, en su estructura organizativa, con un sector o departamento "creativo" el que, precisamente, sobre la base de los datos proporcionados por el anunciante acerca de sí mismo y del producto a publicitar ('brief' o 'briefing') se proyecta la correspondiente campaña publicitaria (18).

Ahora bien, queda claro que, si bien la empresa de publicidad organiza la campaña partiendo del mencionado 'brief' o 'briefing' que le provee el anunciante, ha de resultar significativo su aporte "creativo" reflejado en el anuncio resultante pues, de otro modo el comitente no le confiaría esa tarea, esto es, no "tercerizaría" la campaña sino que la llevaría adelante por sí mismo; si esto no ocurre, en consecuencia, la agencia de publicidad "pone lo suyo" en dicha labor. En este sentido, cabe incluir a la agencia de publicidad entre los integrantes de la red de provisión, en la medida en que coadyuva a la circulación, posicionamiento y, al menos indirectamente, adquisición de los bienes y servicios promocionados en las campañas publicitadas a su cargo (19). En consecuencia, en los supuestos tratados en el presente y en la medida de su participación, cabe atribuir responsabilidad al intermediario publicista en defensa y protección de los intereses del consumidor (LDC, arts. 1 y 40); ello como manifestación de la denominada "responsabilidad social empresarial" (RSE) reclamada, incluso, desde el propio mundo publicitario (20).

6. Consumismo. Por cierto, un caso específico -y, si se quiere, extremo - en esta temática, se da en materia de consumismo, traducido en consumos exagerados, desmedidos, inapropiados, inútiles e, incluso, contraproducentes, situación que suele implicar un desfasaje en la atribución de prioridades personales y/o del grupo primario de pertenencia, y desvío inconveniente de recursos, pudiendo incluir un desequilibrio en la atención de las respectivas necesidades.

Claro está que no es necesario que las circunstancias apuntadas lleguen a constituir un cierto estado "patológico generalizado" en el consumidor, a los fines que nos interesan, pues es en los pequeños actos de consumo - o consumo a baja escala - donde suelen aparecer atisbos de consumismo, en los que puede observarse la influencia de los actos de publicidad dirigidos al público, y que pueden llegar a profundizar la tendencia consumista. Ocurre que, la captación de los 'insights' del consumidor, adecuadamente canalizados por el agente publicitario, "posibilita, entre otras cosas, segmentar perfiles bien definidos de consumidores y transmitirles un mensaje relevante y pertinente",

sería así como los datos relevantes recopilados del consumidor, sumados al "condimento emocional" (id est, el dato "humanizado") tendrán "impacto directo en el negocio" (21).

No obstante, y como dato alentador, puede señalarse que, en épocas de crisis y en un contexto general de desaliento al consumo, se observan "cambios en la estrategia de las personas frente a las góndolas, según su poder adquisitivo"; así, en tanto "los sectores de mejores ingresos" optan por "las acciones promocionales (léase "promos") (22), en sectores de menores recursos se da "un corrimiento hacia marcas más económicas, preferencias por envases y paquetes de menor tamaño y, sobre todo, en la frecuencia de las compras" [editorial]. "El público recurre a las compras más frecuentes y pequeñas, en locales con menor espacio para la tentación (23) y que requieren menor inversión de tiempo para realizarlas" (24).

Como se ve, tanto los sectores de mayor poder adquisitivo - que aprovechan las ofertas promocionales publicitadas por las empresas proveedoras - como el resto - que, incluso, procura evitar la tentación consumista acudiendo a locales de venta de menor amplitud y con menor despliegue de ofertas - pueden redirigir su comportamiento hacia opciones consumeriles apropiadas al entorno crítico del momento.

7. Corolario. Sin perjuicio de lo expuesto, debe advertirse que los proveedores - incluyendo al agente de publicidad - cuentan, en esta era digital, con modernos canales de comunicación "de ida y vuelta" con el público consumidor - interlocutor válido y autorizado, si los hay, y no mero 'target' del afán publicitario -, en términos de la RSE de aquéllos, antes aludida (25).

Ocurrre que, si se diseña un derecho del consumo integrado, que atienda a la naturaleza propia de la estructura de consumo (red de provisión + consumidores), a la luz del destino final del proceso económico, reorientar los estándares jurídicos sobre el molde dinámico de dicha estructura, constituye el desafío central del operador consumerista.

Notas al pie:

1) BENEGAS LYNCH, (h.), ALBERTO, "Fundamentos de análisis económico", EUDEBA, 1982.

2) LDC, art. 1*, en tanto "consumidor" -en sentido propio-, es el destinatario final de bienes y servicios.

3) Se produce para el consumo, ésta es la finalidad de las actividades que tienen lugar en la red de provisión. La frase destacada pertenece a FELIX MARTIN Y HERRERA, "Curso de Economía Política", Compañía Sud-americana de billetes de banco, 1909.

4) CONDOMI, ALFREDO MARIO, "Primeros pasos en el Derecho del consumo. Cuarta parte (Vicisitudes del consumidor)". www.infojus.gob.ar, 22/11/2013.

5) VARANGOT, CARLOS JORGE, "Derecho Comercial -contratos-", El Gráfico/Impresores, 1974. Este autor cita la clásica definición de "publicidad comercial" de DEMOURTAIN quien reúne en su concepto a estos elementos, 1) un conjunto de medios operativos, 2) para que el público conozca a un empresa, 3) indicando la superioridad de sus productos, 4) sugiriéndole el deseo por ellos y, 5) incitándolos a adquirirlos (op cit).

6) Op cit. Téngase presente, no obstante, que dicho autor niega este modo de influencia sobre el consumidor.

7) Idem nota anterior.

8) FRIEDMAN, MILTON Y ROSE, "Libertad de elegir", Planeta-Agostini, 1993.

9) Que, como es sabido, constituye un derecho primario del consumidor, integrante del derecho de acceso al consumo (CONDOMI, A.M., "El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor", www.infojus.gob.ar, 7/11/2011).

10) Así, p. ej., se induce al consumidor a pensar que, suscribir o no, el contrato de consumo respectivo, equivale a "estar dentro o fuer del Sistema" (ROSSI, JORGE OSCAR, "de la autonomía de la voluntad a la equivalencia en las prestaciones", 2002, www.jurisconsultora.com.ar).

11) VARANGOT (op cit), recuerda la opinión de Panzini, según la cual "la publicidad...se vale de especiales e ingeniosos medios para no engañar en forma absoluta al público...".

12) Ver, asimismo, arts. 1101 y 1102 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aun no vigentes, que regulan aspectos de la publicidad dirigida a los consumidores en términos erróneos, falsos, discriminatorios, en suma, perjudiciales.

13) Aquéllos, respecto de los bienes y servicios que proveen y en la medida en que participan en la red de provisión, cuentan con mayor y mejor información que el consumidor.

14) CONDOMI, A.M., "El árbitro de consumo ante los derechos sustanciales del consumidor", www.infojus.gob.ar, 20/3/2012.

15) IMBROGNO, ANDREA I., "Derechos del consumidor. La obligación de un trato digno y equitativo", www.eldial.com.ar/edidion/Cordoba.

16) CNCom, sala B, "Jáuregui c/Budmann", 24/8/51, cit. Por MOLAS, ANA MARIA, en "Contratos comerciales atípicos", Difusora Bibliográfica, 1983.

17) VARANGOT, C.J., op cit. Una campaña publicitaria es, básicamente, una serie de anuncios.

18) BALINAS, PATRICIA - LECHA, PABLO, "Estructura general de la agencia de publicidad", publicidadliccom.files.wordpress.com. ALMIRON, CARTIER, ALEJANDRA, "Agencia de publicidad", alejandraalmiron.fullblog.com.ar.

19) Según DYGEST, la publicidad es "uno de los muchos pasos en el proceso de distribución...de mercancías", cit. Por VARANGOT, op cit.

20) DASCHUTA, MIGUEL, "La publicidad y la Responsabilidad social Empresaria" (comunicarse.web.com.ar, 20/12/2011). El autor sostiene que "la publicidad...produce sentido social", "es la voz más evidente de una marca, por lo que debe cuidar lo que dice y cómo lo hace" ya que "los integrantes del público tienen sus propias características individuales que provocarán que respondan de manera particular frente al mensaje", de modo tal que la "libertad de expresión...debe ser ejercida con suma responsabilidad, tanto por parte de las agencias como de los anunciantes".

21) KRAVIEZ, JAVIER, "Creatividad en los tiempos del Big Data", diario Clarín, supl. IEco, 7/12/2014.

22) AMODEI, JOSE, en "Proyecciones negativas para el consumo", diario Clarín, supl. IEco, 21/12/2014.

23) P. ej., "mini-super", o "formato de cercanía",

24) Idem nota 22.

25) DASCHUTA, M., loc cit. Nótese que este criterio de la comunicación de "doble vía, choca con la concepción del mensaje unilateral, sin respuesta del consumidor *Cfr. QUIROGA LAVIE, HUMBERTO, "Política y cibernética", cit. En CONDOMI, A.M., "Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -primeras aproximaciones-", www.infojus.gov.ar, 20/10/2011.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 5 DE MARZO DE 2015

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 24.240

El daño directo como daño patrimonial: la exclusión del daño moral

BLANCO, ANTONELLA

Publicación: www.infojus.gov.ar, 18 DE DICIEMBRE DE 2014

TEMA

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-DAÑO DIRECTO-INDEMNIZACION

TEXTO

Sumario: 1. Abstract. 2. El fallo bajo comentario. 3. El artículo 40 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. 4. El alcance del daño directo. 5. Conclusión.

1. Abstract.

El artículo 40 bis de la ley 24.240 es una verdadera novedad de la reforma practicada por ley 26.361, sin que existiera en la normativa anterior ninguna disposición similar o concordante. La cuestión bajo análisis en esta nota es alcance que debe otorgársele al nuevo instituto del daño directo previsto en el artículo 40 bis de la ley 24240: el daño directo sólo incluye el daño patrimonial y no el daño moral.

2. El fallo bajo comentario.

El 30 de Junio del año dos mil diez, la sala "A" de la Cámara de Apelaciones de Trelew dicto sentencia en la causa: A., I. M. c/ B. C. S.A. s/ Contencioso Administrativo", mediante la cual anuló la resolución N° 068/10 DGDP.CyU apelada dictada por la Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut (en adelante, "La Dirección") que dispuso sancionar a las empresas B. C. S.A. y R. L. S.A. por resultar solidariamente responsables ordenado resarcir al usuario A. I. M. con la suma de Pesos TRES MIL (\$ 3000) por los daños y perjuicios padecidos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 bis de la ley 24240. Para decidir de esta manera La Dirección identificó el daño directo previsto en dicha normativa con el daño moral sufrido por el usuario.

En el caso, el actor intentó retirar dinero de un cajero automático perteneciente a la empresa R.L. S.A, la extracción se generó en el sistema informático, obteniendo el usuario demandante el ticket correspondiente, pero no obtuvo la plata.

El fallo traído a comentario da aplicación al nuevo instituto del daño directo, incorporado por la ley 26.361 que introdujo importantes modificaciones a la ley de Defensa del Consumidor. Lo interesante es que, mediante su pronunciamiento, la Cámara de Apelaciones no hace más que convalidar la posición de la doctrina mayoritaria, en cuanto a que el daño directo sólo puede resarcir perjuicios inmediatos y de carácter patrimonial(1).

En lo que aquí nos interesa la Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut dispuso sancionar a las empresas B. C. S.A. y R. L. S.A. por resultar solidariamente responsables ordenado resarcir al usuario A. I. M. con la suma de Pesos TRES MIL (\$ 3000) por los daños y perjuicios padecidos. Al respecto precisó que debía imponerse al B. C. S.A. y a la R. L. S.A., la penalidad indemnizatoria establecida en el art. 40 bis de la ley 24.240, al ocasionarle al Sr. A. I. M. (actor) un daño que debe ser compensado, no pudiendo eludirse los padecimientos, molestias y pérdidas de tiempo que supone hacer quejas, sin que estas tengan resultados satisfactorios. Se vulneró la confianza que tenía el usuario en queja en los servicios bancarios y en los cajeros automáticos. Ante este pronunciamiento resulta claro que "La Dirección" identificó al daño directo (previsto en el artículo 40 de la ley 24240) con el daño moral.

R.L. S.A apeló la resolución N° 068/10 DGDP.CyU dictada por el mencionado ente administrativo manifestando que prestó un servicio adecuado que se limita a controlar el PIN, verificar si la tarjeta ha sido robada o sustraída y verificar los saldos y límites en las cuentas vinculadas a las tarjetas, y del simple cotejo del registro de transacciones obrante en autos se observa una extracción de \$ 580 realizada con resultado positivo. Por tanto, Solicita deje sin efecto la indemnización de daño directo de \$ 3.000.

Como consecuencia de la apelación, llegan los autos a la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew quien resolvió declarar la nulidad del Art. 2 de la resolución N° 068/10 DGDP.CyU. apelada y disponer en reemplazo del artículo anulado, un resarcimiento de \$ 580 por el daño directo sufrido al usuario A. I. M. (art. 40 bis - Ley 24.240). Para decidir de esta manera consideró que "La Dirección" al fijar un resarcimiento que contemple "los padecimientos, molestias y pérdidas de tiempo" ocasionados al aquí denunciante, constitutivos de un daño "intrínseco al individuo", a su "bienestar psicofísico", sobre la base de su propia opinión y la de alguna doctrina que cita, da por incluido el daño moral dentro del concepto de daño directo que la ley 24.240 modificada receptara en el art. 40 bis. En base a estas consideraciones, afirmó que "el resarcimiento del daño moral no está contemplado en el art. 40bis de la Ley 24.240 (añadido por el art. 16 de la Ley 26.361), que si bien alude al daño ocasionado al consumidor o usuario sobre sus bienes o su persona, lo condiciona a que sea "susceptible de apreciación pecuniaria". El "daño directo" que menta el art. 40 bis de la Ley 24.240 modificada por Ley 26.361, sólo comprende a los daños patrimoniales que el consumidor o el usuario sufren sobre sus bienes o su persona, no encontrándose incluido dentro de ese concepto el daño moral, el que es consustancialmente ajeno a la órbita del art. 40 bis, Ley 24.240 vigente".

Teniendo en cuenta lo dicho con anterioridad determinó que: "En la especie, se desprende de modo inequívoco que el menoscabo económico directo sufrido por el denunciante se concretó en una extracción de dinero a través de la R. L., operación frustrada por deficiencias del sistema, debitándosele en su cuenta una suma de \$ 580.- que a la postre no le fue dispensada por dicho servicio de cajero automático. Así pues, en definitiva, el perjuicio patrimonial directo e inmediato se tradujo en la suma de \$ 580 que debe serle condignamente restituida, ya que de lo contrario se configuraría un enriquecimiento incausado en igual medida económica para las responsables del servicio".

Es evidente que, el fallo comentado, no deja dudas sobre el alcance que debe otorgársele al nuevo instituto del daño directo previsto en el artículo 40 bis de la ley 24240: el daño directo sólo incluye el daño patrimonial y no el daño moral. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido en otros precedentes como: "R. Y., Laura Mónica c/ Advance Speedy de Telefónica de Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor; "R. Y., L. M. c/ A. S. D. T. D. A. S.A. y T. D. A. S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor".

En el fallo "R. Y., Laura Mónica c/ Advance Speedy de Telefónica de Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor, la Cámara de Apelaciones de Trelew, Provincia de Chubut, se expidió sobre una decisión de la Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores y Usuarios de esa provincia, afirmando que el daño moral no forma parte del daño directo previsto por la LDC. La Cámara, al igual que en el precedente analizado, adhirió a la opinión de la doctrina mayoritaria, que entiende que se trata de un daño inmediato ocasionado al consumidor sobre sus bienes o su persona y "susceptible de apreciación pecuniaria", es decir, un daño patrimonial.

3. El artículo 40 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

Una de las novedades que trajo consigo la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24240) fue la incorporación del art. 40 bis que dispone textualmente:

"Artículo 40 bis. 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 5 (cinco) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina (INDEC). El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 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".

Este artículo es una novedad absoluta de la reforma practicada por ley 26.361, sin que existiera en la normativa anterior ninguna disposición similar o concordante.

A grandes rasgos, se establece la facultad de la autoridad de aplicación de la ley 24.240 para ordenar al proveedor, en sede administrativa, la reparación de perjuicios encuadrados en la categoría definida como "daño directo". La autoridad de aplicación tiene, luego de la reforma y a diferencia del anterior, facultades para determinar daños y perjuicios ocasionados al consumidor (2).

La norma en cuestión, ha suscitado diversas interpretaciones en cuanto al contenido del daño directo. El mayor interrogante que se presenta es: (qué se resarce como daño directo? Como ya quedó dicho, la doctrina mayoritaria, a la que de por cierto adhiero, entiende que debe excluirse el daño moral dentro del concepto de daño directo. Entre que, la doctrina minoritaria (3), incluye al daño moral dentro del daño directo.

4. El alcance del daño directo.

El nuevo artículo 40 bis, considera "daño directo" a "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".

Ante todo, el artículo en análisis parece descartar la posibilidad de que la administración ordene al proveedor resarcir el daño moral sufrido por el usuario. Así se deduce de la definición misma que proporciona la norma, cuando establece que el perjuicio de que se trata debe ser "susceptible de apreciación pecuniaria" (4). En este mismo sentido se ha dicho que: "El texto del artículo 40 bis cuando sostiene que el perjuicio de que se trate debe ser "susceptible de apreciación pecuniaria", descarta la posibilidad de que la administración ordene, al proveedor o prestador de servicio, resarcir el daño moral. En este último, los intereses afectados no son, por definición, susceptibles de apreciación pecuniaria, aun cuando la indemnización venga a proporcionar al damnificado una compensación -no equivalente- del perjuicio experimentado" (5).

Si bien se ha planteado que "la definición que la ley proporciona acerca de lo que debe entenderse por "daño directo" es por demás oscura, y se revela, al cabo, tan restrictiva, que permite dudar acerca de la efectividad de ese mecanismo para tutelar eficazmente al consumidor" (6), lo cierto es que, nada impide al consumidor que ha sufrido daño moral utilizar paralelamente la vía judicial para reclamar tal perjuicio, quedando así su derecho completamente amparado. Lo expresado permite rebatir lo expuesto por la doctrina minoritaria que sostiene que "no hay razón jurídica alguna para cercenar el derecho indemnizatorio del consumidor o usuario por debajo de la reparación plena que es propia del sistema (7): como regla, el proveedor debe indemnizar

el daño patrimonial y el daño moral (arts. 522 y 1078, Cód. Civil) que es consecuencia inmediata (8) previsible de su incumplimiento (arts. 520 y 901, Cód. Civil), y también el que es consecuencia mediata en el caso de incumplimiento contractual doloso (arts. 521 y 901, Cód. Civil), vale decir, cuando es deliberado (9), y en el caso en que su responsabilidad es extracontractual (art. 904).

El consumidor o usuario tiene la posibilidad de reclamar el daño moral sufrido por medio de una acción de daños y perjuicios común, fuera del ámbito de la ley de Defensa de Consumidores, por tanto, no se vulnera el principio de reparación plena.

La Cámara de Apelaciones de Trelew, ha receptado correctamente la doctrina mayoritaria que propugna no incluir el daño moral en el daño directo contemplado en el artículo 40 bis de la ley 24240. En el caso en análisis "La Dirección" incurre en error cuando dispone que corresponde una indemnización por daño directo al Sr. A. I. M, no pudiendo eludirse los padecimientos, molestias y pérdidas de tiempo que supone hacer quejas, sin que estas tengan resultados satisfactorios. El ente administrativo realiza una identificación inaceptable del daño directo con el daño moral.

Vemos entonces que lo novedoso del fallo es que la Cámara, al afirmar que el resarcimiento del daño moral no forma parte del daño directo previsto por la Ley de Defensa de los Consumidores, adhirió a la opinión de la doctrina mayoritaria, que entiende que se trata de un daño inmediato ocasionado al consumidor sobre sus bienes o su persona y "susceptible de apreciación pecuniaria", es decir, un daño patrimonial.

Otra cuestión a analizar es qué es exactamente lo que quiere decirse con el calificativo de "directo" que se emplea en la norma que define al daño directo como aquel "ocasionado al consumidor o usuario] de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona.

"Por un lado, se lo identifica con el que recae sobre la persona o bienes del consumidor (lo que excluye el que éste sufre como consecuencia de la lesión inferida a la persona o bienes de un tercero), pero, por el otro, se acentúa que el nocimiento debe recaer "de manera inmediata" sobre tales entes (lo que daría a entender que la categoría se identifica también con el "daño directo" del art. 1068 del Código Civil, abarcando únicamente el perjuicio que se produce directamente sobre la persona o bienes del consumidor, y no las secuelas que la lesión provoque indirectamente en bienes distintos). Por añadidura, el uso de la palabra "inmediata" nos remite inequívocamente a la expresión "consecuencia inmediata" contenida en los arts. 520, 901 y 903 del Código Civil, que como es sabido alude a las que suelen suceder de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas, pero que, por oposición a las mediatas, derivan directamente del hecho originario, sin conexión con otro distinto" (10).

En el caso analizado, el menoscabo económico directo sufrido por el denunciante se concretó en una extracción de dinero a través de la R. L., operación frustrada por deficiencias del sistema, debitándosele en su cuenta una suma de \$ 580. Así pues, en definitiva, el perjuicio patrimonial directo e inmediato se tradujo en la suma de \$ 580, suma que con un criterio adecuado la Cámara mandó a resarcir.

5. Conclusión.

Tal como surge del comentario al fallo "A., I. M. c/ B. C. S.A. s/ Contencioso Administrativo", la jurisprudencia nacional, avanza hacia una interpretación acertada del nuevo instituto de daño directo contemplado en el artículo 40 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores. La doctrina mayoritaria propugna la no inclusión del daño moral en daño directo (netamente patrimonial) y es en torno a esta interpretación que progresa la jurisprudencia. La Cámara de Apelaciones de Trelew, alineándose a la mencionada doctrina, con un criterio adecuado, ha dejado asentado que el daño directo previsto por la normativa citada únicamente puede resarcir perjuicios inmediatos y de carácter patrimonial. Resulta inadmisibles, entonces,

pretender identificar al daño directo del artículo 40 bis de la ley 24240 con el daño moral sufrido por el usuario o consumidor. Sin embargo he de destacar que ello no le impide al damnificado iniciar la acción civil de daños y perjuicios que lo habilita a reclamar el daño moral fuera del ámbito de la Ley de Defensa de Consumidores.

A mi modo de ver, la exclusión del daño moral del ámbito de aplicación del artículo 40 bis de la ley 24240 es entendible en la medida que tengamos en cuenta la finalidad del instituto del daño directo. Lo pretendido mediante la reforma y, en particular con la incorporación de dicho artículo, es ofrecerle al usuario o consumidor una instancia previa, gratuita, conveniente y por sobre todo rápida para obtener el resarcimiento de daños patrimoniales que pueda sufrir directamente sobre los bienes de su propiedad. Si del mismo hecho dañoso surge un daño moral, éste puede reclamarse sin ningún obstáculo por vía de una demanda por daños y perjuicios común. Si se aceptase el resarcimiento de este tipo de daños, conjuntamente con los daños patrimoniales, el mecanismo previsto a favor del usuario o consumidor para obtener un pago rápido de la indemnización por parte del ente administrativo, se vería seriamente desvirtuado y ello derivaría en que la mayoría de los daños sean reparados, o no, en sede judicial, con todos los inconvenientes de demora que ello implica.

Notas al pie.

(1) Entre ellos, PICASSO, Sebastián, "Ley de Defensa del Consumidor ~ Defensa del Consumidor ~ Consumidor ~ Daños y Perjuicios ~ Daño Directo", en "Derecho Comercial Doctrinas Esenciales", Edit. La Ley, Buenos Aires, 2009, Tomo V, pp. 823 y ss; LAFUENTE, Jesús A., "El "daño directo" en la Ley de Defensa del Consumidor", LA LEY 2008-E, 810; BUERES, Alberto - PICASSO, Sebastián, "La responsabilidad por daños y la protección del consumidor", en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", t. 2009-1, pp. 61 y ss.)

(2) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Reformas Sustanciales", LA LEY, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor.

(3) Entre ellos, PIZARRO, Ramón D. y STIGLITZ, Rubén S., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL 2009-B, 949; ALTERINI, Atilio Aníbal, "Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después", LA LEY 2008-B, 1239 - Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor.

(4) En el daño moral, los intereses afectados no son, por definición, susceptibles de apreciación pecuniaria, aun cuando la indemnización venga a proporcionar al damnificado una compensación -no un equivalente- del perjuicio experimentado (Conf. PIZARRO, "Daño moral", cit., p. 105).

(5) LAFUENTE, Jesús A., "El "daño directo" en la Ley de Defensa del Consumidor", LA LEY 2008-E, 810.

(6) PICASSO, Sebastián, "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor", LA LEY, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 01/01/2008, 123.

(7) Aunque el nuevo artículo 54 utilice la extendida vacuidad conceptual de reparación integral: ALTERINI, A. A., "La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil", Buenos Aires, 1997, pág. 17.

(8) Consecuencia que deriva del incumplimiento en sí mismo o por la conexión de otro hecho que invariablemente lo acompaña: ALTERINI, A. A., "Responsabilidad civil", 3ª ed., Buenos Aires, 1987, n° 282, pág. 229.

(9) ALTERINI, A. A., "Responsabilidad Civil" op. cit., n° 112, pág. 100.

(10) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Responsabilidad civil y relación de causalidad", Seguros y Responsabilidad civil, n°5, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 148/150.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 18 DE DICIEMBRE DE 2014

:

Editorial: Infojus

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.520, Ley 340 Art.521, Ley 340 Art.522, Ley 340 Art.901, Ley 340 Art.903, Ley 340 Art.904, Ley 340 Art.1068, Ley 340 Art.1078, Ley 24.240 Art.14 Bis , Ley 24.240 Art.45, LEY 26.361

Reflexiones sobre los contratos de consumo en el Código Civil y Comercial: más pasos adelante

BARBIERI, PABLO CARLOS

Publicación: www.infojus.gov.ar, 23 DE OCTUBRE DE 2014

TEMA

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL-CONTRATOS-RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-PROTECCION DEL CONSUMIDOR

TEXTO

1. La impronta de una ambiciosa reforma.

Tal como lo anticipara en otro comentario recientemente publicado (1), la sanción del Código Civil y Comercial trajo profundas reformas al régimen de los contratos, la gran mayoría calificables como necesarias y, si se quiere, esperadas.

Entre ellas, vale la pena destacar y efectuar unas breves reflexiones acerca de la incorporación de la figura de los llamados contratos de consumo, figura contemplada entre los artículos 1092 y 1122, inclusive, con interesantes disposiciones.

La introducción no es casual. Completa, en parte, una frondosa actividad llevada a cabo desde el Gobierno Nacional a los fines de revalorizar y tutelar adecuadamente los derechos de los usuarios y/o consumidores, tendencia que tiene como hito la reciente creación de un fuero específico sobre esta materia y un procedimiento ágil de mediación previa y solución de conflictos (2).

Estimo, a modo de adelanto, que los preceptos incorporados en la novísima normativa que entrará en vigencia el 1° de enero de 2016 se dirigen, decisivamente, en esa dirección, cumpliendo, en cierto modo, la manda constitucional contenida en el artículo 42 de nuestra Carta Magna.

Consignaré, en los párrafos siguientes, algunas reflexiones que me merece esta temática. Sin dudas, se tratará sólo de un breve esbozo, que, obviamente, podrá luego ser profundizado en estudios mucho más exhaustivos y sistemáticos, a los que se llegará, además, junto con las interpretaciones que la doctrina y jurisprudencia efectúen sobre el particular.

2. Sobre los contratos de consumo y las relaciones de consumo.

Mucho se ha escrito en torno a la existencia, virtualidad y vigencia del concepto de relación de consumo, a la luz de la vigencia de la ley 24.240 y sus posteriores modificaciones. Se sostuvo, por ejemplo, que su objeto puede consistir " (i) en los servicios, considerados como un hacer intangible que se agota con el quehacer inicial y desaparece e involucra una obligación de hacer y un derecho creditorio; y (ii) los bienes, que se refieren a las cosas elaboradas y con destino al uso final, que son en realidad productos, a las cosas sin elaboración, materiales e inmateriales, durables o no y los inmuebles".(3)

El Código comienza el tratamiento de la cuestión con una definición amplia de esta figura, al preceptuar que "relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor" (art. 1092, primer párrafo).

A renglón seguido, tipifica las partes de esta relación, sosteniendo que "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", equiparando a ese concepto a quien "sin ser parte en 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" (art. 1092, segundo y tercer párrafo).

Es clara la amplitud conceptual que se vislumbra de estas disposiciones, en consonancia con la construcción jurisprudencial vigente en la materia (4). Y, en mi opinión, es correcta la dirección asumida, máxime cuando es claro que el consumidor aparece como la figura más débil de esta relación jurídica.

Desde allí se construye la figura del contrato de consumo, al que el nuevo Código define como el "celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física 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 o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social" (cfr. art. 1093).

Sin embargo, aquí no se acaba la cuestión.

El Código efectúa una aplicación práctica de este concepto en otras figuras, involucrándolas, también, dentro de los contratos y/o relaciones de consumo, aclarando algunas dudas que podrían presentarse. Así ocurre, entre otros:

-Con los contratos bancarios, a los que se les aplican las disposiciones relativas a los contratos de consumo, por remisión expresa del artículo 1384.

-Al régimen jurídico de los cementerios privados, en virtud de las previsiones del artículo 2111.(5)

-A la figura del tiempo compartido, dado que el artículo 2100 determina que "la relación entre el propietario, emprendedor, comercializador y administrador del tiempo compartido con quien adquiere o utiliza el derecho de uso periódico se rige por las normas que regulan la relación de consumo, previstas en este Código y en las leyes especiales".

Se colige, pues, que las relaciones y el contrato de consumo se encuentra claramente tipificado en el Código Civil y Comercial, con una aplicación amplia y acorde a los tiempos que corren y la realidad contractual en diferentes actividades comerciales.

3. Una disposición de importancia: acerca del lugar de cumplimiento de los contratos, la jurisdicción y la competencia.

Uno de los problemas que mayormente se presentaban en la práctica era el de la fijación de la jurisdicción y la competencia para entender en los conflictos que se presentaban en las relaciones de consumo, sobre todo cuando ellas eran fijadas por el proveedor en los contratos de adhesión que suscribían los consumidores.

El tema adquirió mayor notoriedad cuando la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dictó el Plenario Autoconvocado al que ya se aludió en este comentario (6) decidido en el marco de la ejecución de títulos de crédito cambiarios que se emitieron como consecuencia de relaciones de consumo. Se vislumbraron allí posiciones contrapuestas que culminaron sentenciando 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 N° 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".

El texto vigente del artículo 36, última parte, de la ley 24.240 determina que "será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo (se refiere a las operaciones de venta de crédito), en los casos en que las acciones sean entabladas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o

prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario".

La cuestión adquiriría mayor complejidad cuando el contrato se celebraba fuera del establecimiento comercial del proveedor, añadiéndose otro dato de conflicto.

Entre tanta opción o criterio disímil, nos parece acertada la disposición unificatoria del artículo 1109 del Código Civil y Comercial recientemente promulgado.

Allí se dispone que "en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquél en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita".

La norma contempla lo que es un gran acierto y una novedad en el tratamiento de los contratos de consumo en la novísima legislación: la utilización de medios electrónicos para concertar una relación jurídica de esta naturaleza a distancia (arts. 1106, 1107 y 1108). Para este tipo de modalidades (esencialmente, la contratación vía Internet), la fijación de la jurisdicción aplicable en caso de eventuales litigios resulta absolutamente necesaria y es por ello que su incorporación por parte del art. 1109 antes transcrito debe ser elogiada.

4. Las facultades judiciales ante las cláusulas abusivas.

Es evidente que una de las mayores dificultades que plantean los contratos de consumo son las cláusulas predisuestas a las que adhiere el usuario o consumidor y su eventual abusividad, agravando la desigualdad ya existente entre el consumidor y el proveedor de bienes y servicios.

Las disposiciones contenidas en los artículos 1117 a 1122, inclusive, del Código Civil y Comercial realizan un tratamiento exhaustivo y específico al respecto, aportando soluciones claras y que, en líneas generales, se asientan en el carácter protectorio de los derechos de los consumidores que impera en la regulación.

Las cláusulas abusivas pueden encontrarse predisuestas en un contrato de adhesión o también ser pactadas individualmente por las partes. En ambos supuestos, la sanción puede ser aplicada por el magistrado interviniente. Así se desprende con claridad de los preceptos de los arts. 1117 y 1118.

Sin embargo, creo interesante detenerse en las facultades conferidas por la normativa a los jueces, añadiéndose a las que se prevén en la ley 24.240 - sobre todo en los arts. 37 a 39- y eventuales regulaciones a sancionarse en el futuro.

Conforme al artículo 1122, estas facultades -rotuladas como "control judicial"- son marcadamente amplias, previéndose las sanciones allí establecidas aunque los contratos hubieran tenido aprobación administrativa previa.

El inciso "b" sienta el principio general: "las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas", esto es, por no escritas.

Es decir, de antemano, ello no implica la nulidad total de las estipulaciones contractuales, sino que, como se indica en el inciso "c", el juez puede "declarar la nulidad parcial del contrato" y, "simultáneamente lo debe integrar si no puede subsistir sin comprometer su finalidad".

Se trata de un temperamento adecuado el adoptado por la norma consignada. El juez debe tener las facultades suficientes para armonizar la estructura contractual y poder restablecer el equilibrio entre las prestaciones, vulnerado por las cláusulas a las que se hace referencia.

La solución, por otra parte, es absolutamente concordante con la adoptada por el artículo 989, al tratar el tema en los contratos de adhesión.(7)

La puesta en marcha de un fuero específico para el tratamiento de estas cuestiones litigiosas aportará, seguramente, mayor firmeza en las decisiones. Se requerirá, a esa finalidad, un arduo y meduloso trabajo de los magistrados que intervengan en la solución de estos eventuales litigios.

5. Breve epílogo.

Las reflexiones vertidas precedentemente constituyen sólo un estrecho panorama de la reforma introducida por el Código Civil y Comercial. El límite impuesto al presente trabajo impide el análisis de temáticas sumamente ricas como, por ejemplo, la oferta y contratación por medios electrónicos, el derecho de revocar y la información y publicidad dirigidas a los consumidores por parte de los proveedores, donde se ratifican criterios y se introducen soluciones novedosas.

Sabemos con claridad que la praxis en la aplicación del Código será la que, en definitiva, sienta los criterios definitivos y determine el acierto final de las disposiciones recientemente promulgadas.

Empero, creo que la normativa transita los carriles correctos.

Primero, por el tratamiento específico de la figura -contratos y relación de consumo-; segundo, por la sistemática utilizada; y, por último, debido a la claridad conceptual de sus soluciones que, como ya he dicho, realzan el carácter protectorio de los derechos de usuarios y consumidores.

Se refleja la realidad contractual vigente y se legisla en consonancia con el constante aumento de las relaciones de consumo en el Siglo XXI. De allí que, a mi modo de ver, se trata de otro paso adelante en la legislación del Derecho Privado en nuestro país.

Notas al pie:

1) BARBIERI, Pablo C., Los Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial: breve panorama sobre una reforma necesaria, en www.infojus.gov.ar, 9 de octubre de 2014, Id infojus: DACF 140746

2) Ley 26.993, sancionada el 17/9/2014 y promulgada el 18/9/2014.

3) LORENZETTI, Ricardo L., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, págs. 101 y ss.

4) Sobre el particular puede consultarse el meduloso voto del Dr. Rafael Barreiro en el Fallo Plenario Autoconvocado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 29/6/2011 (Expte. 2093/09), donde se efectúa una reseña de la evolución del concepto de "consumidor" en la doctrina y jurisprudencia argentinas.

5) Se dispone allí, expresamente, que "la relación entre el propietario y el administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas se rige por las normas que regulan la relación de consumo previstas en este Código y en las leyes especiales".

6) Véase nota iv.

7) Allí se establece que "la aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad".

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 23 DE OCTUBRE DE 2014

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, LEY 26.994

Nuevo fuero del consumidor en la Provincia de Buenos Aires. (es factible su implementación?)

RODIÑO, JAVIER A

Publicación: www.infojus.gov.ar, 22 DE OCTUBRE DE 2014

TEMA

FUERO DEL CONSUMIDOR-PROVINCIA DE BUENOS AIRES-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

En nuestro país los derechos de los consumidores y/o usuarios se encuentran originalmente regulados en la ley especial N° 24.240, norma que posteriormente se viera marcadamente impulsada con el reconocimiento de dichos derechos -a través de su incorporación- a nuestra Constitución Nacional (art. 42).

Las provincias argentinas han implementado distintos sistemas jurídicos tendientes a asegurar la tutela efectiva de esos derechos aunque, hasta el presente, lamentablemente no han logrado alcanzar una incidencia ostensible en la resolución de los conflictos que se presentan procurando una solución en tiempo razonable.

Muchas pueden ser las causas de ese resultado, pero existe un aceptable consenso entre las voces más autorizadas en la materia y las asociaciones de consumidores acerca de los puntos que -ineludiblemente- debería contemplar un sistema eficaz. Estos son:

1. Fácil acceso, 2. Gratuidad, 3. Celeridad del proceso, 4. Inmediatez entre los operadores del sistema y los reclamantes, y 5. Cumplimiento efectivo de las sanciones.

La mayoría de los procesos implementados en el país falla en el último punto, en tanto las principales empresas requeridas (que agrupan el 70% de los reclamos) invariablemente NO PAGAN LAS MULTAS IMPUESTAS, echando así por tierra los esfuerzos económicos y humanos desplegados por el Estado para lograr el funcionamiento de los sistemas creados.

La provincia de Buenos Aires no es la excepción.

Aquí, muy pocos conocen el proceso provincial establecido por la ley 13.133 para acceder a la justicia y tutelar esos derechos, y aquéllos pocos que si están al tanto realmente no exigen -ni eligen- ese camino porque, básicamente, los jueces no lo aplican.

Hacerlo es ir en contra del propio aparato judicial, circunstancia que invariablemente culminará en planteos de incompetencia, excepciones y apelaciones que demandarán años en resolverse. Todo ello, antes de siquiera empezar a discutir sobre el fondo de la cuestión.

Es por ello que el nuevo fuero especializado creado a nivel nacional -y a cuya adhesión se invita a las provincias-, abre una luz de esperanza en el camino, apareciendo como una novedosa iniciativa, moderna, ambiciosa y bien pensada.

La mediación previa obligatoria y la multa prevista para el caso de inasistencia injustificada de la empresa es una innovación acertada, y es clave para lograr el acercamiento de las posiciones sin recurrir al ámbito judicial. Si no se resuelve allí, el usuario podrá optar por 2 caminos: la instancia administrativa (reclamos de hasta \$ 66.000 actualmente o 15 salarios mínimos) o por el nuevo fuero judicial del consumidor (para reclamos de hasta \$ 242.000 actualmente o 55 salarios mínimos), donde se destacan los plazos breves, la oralidad, y el poder de imperio propio de la justicia para hacer cumplir sus pronunciamientos.

Existe, en rigor, una tercera vía procesal que es la justicia ordinaria o común, útil para reclamos de mayor cuantía o complejidad.

Para asegurar el buen funcionamiento de la etapa conciliatoria -y por ende el éxito del sistema y su perdurabilidad- la reglamentación de la ley debiera contemplar también una marcada política de incentivos, para que en el futuro la formación del círculo virtuoso al que todo programa de defensa del consumidor debe aspirar sea la buena fe, y no la sanción, que con el paso del tiempo siempre pierde eficacia.

Ahora bien, en mi opinión, este nuevo sistema puede ser perfectamente implementado en la provincia de Buenos Aires, sin mayores esfuerzos económicos y en muy poco tiempo.

Es que, en esta jurisdicción funciona ya hace unos años el nuevo sistema de mediación judicial obligatorio establecido en la Ley 13.951, cuya estructura - similar al Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) creado para el sistema nacional- puede ser fácilmente aprovechada.

Restaría entonces unificar en un órgano específico la instancia administrativa hoy dispersa a nivel municipal o en manos de organismos de defensa del consumidor, y crear por último el nuevo fuero judicial o bien adaptar los hoy existentes.

Sobre esto último, lo ideal sería seguir la misma línea propuesta por la ley nacional y crear un nuevo fuero especializado por completo, pero en ese caso no debería dejar de contemplarse la exigencia económica que tal proyecto demandaría para las arcas de la provincia, ni la incidencia que tendría en el mismo su inmensa extensión territorial y particularidades demográficas; circunstancias que en definitiva podría hacer naufragar cualquier intento.

Una alternativa viable, y fácilmente aplicable, podría encontrarse en la creación de secretarías especializadas en el fuero Civil y Comercial y en la Justicia de Paz existentes, con la consecuente modificación legislativa del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Ley Orgánica del Poder Judicial (5.827), ampliando la competencia material de dichos órganos y agregado un Título más al libro "Procesos Especiales" del referido Código.

De esta forma, no sólo se aseguraría la presencia del fuero en los veinte (20) Departamentos Judiciales que componen la Justicia bonaerense, sino también en aquéllos otros partidos que no son cabecera departamental y en donde el servicio de Justicia lo brindan los 108 juzgados de la Justicia de Paz.

Siguiendo esta línea de ideas, un sector letrado especial dentro del mismo órgano judicial existente ('secretaría del consumidor') y dependiente del Juez titular, se encargaría de atender este tipo de causas bajo las pautas de un nuevo proceso con las mismas características que el de Nación: oralidad, informalidad y rapidez resolutive.

Lograr un sistema que al que puedan acceder la mayor cantidad de usuarios y/o consumidores posible es cumplir con la manda Constitucional, además de mejorar la calidad de vida de los habitantes de la provincia de Buenos Aires.

-Abogado. Miembro del Consejo Directivo del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora. Conjuez de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Capital Federal.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 22 DE OCTUBRE DE 2014

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, DECRETO LEY 7425/68, LEY 13.133, LEY 13.951, DECRETO-LEY 5.827/55 TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3.702/92

El Digesto Jurídico Argentino y la propiedad intelectual: una relación armónica con un futuro promisorio

IGLESIAS DARRIBA, CLAUDIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 20 DE OCTUBRE DE 2014

TEMA

DIGESTO JURIDICO ARGENTINO-PROPIEDAD INTELECTUAL-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

1. Resumen.

Este breve trabajo trata acerca de la metodología del Digesto Jurídico Argentino (-en adelante, DJA-) con relación al conjunto de normas e instituciones habitualmente conocidas (en conjunto) como propiedad intelectual (-en adelante, PI-). Para ello, se analiza el mecanismo de consolidación y depuración normativa utilizado y las características particulares de la PI. También se consideran conjuntos normativos íntimamente relacionados con la PI, como el derecho del consumidor, y de como el DJA cumple en recoger adecuadamente la muy diversa normativa vigente sobre propiedad intelectual y compilarla en las distintas materias jurídicas a las que se refiere. Ello permite, en definitiva, el conocimiento preciso y acabado de las normas que regulan el variado mundo de la propiedad intelectual en el derecho argentino.

2. Introducción: La propiedad intelectual como una cuestión conflictiva.

Resulta innegable que la llamada PI se encuentra en una etapa de cambio, y tiende a ser limitada para evitar que dañe los intereses superiores de la comunidad, tales como el derecho a la vida o a salud, o -inclusive- los derechos de los consumidores. Estas limitaciones se producen incluso en los países del Norte, en los cuales se originó la concepción de PI y se acuñó su nombre.(2) Como ejemplo de las referidas limitaciones pueden citarse la reciente sentencia de la Corte Suprema de los EE.UU. en la que reconoce excepciones a los monopolios absolutos de las patentes medicinales y biotecnológicas.(3) Por su parte, en Europa, la Directiva 98/44/CE (4) - relativa la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas- también limita los monopolios de las patentes en dicho terreno: ante el silencio de la Convención Europea de Patentes, adopta el criterio jurisprudencial vigente en las oficinas de patentes de todo el mundo, y considera no patentables -por ejemplo- a los embriones humanos con fines de lucro.(5) Esta prohibición fue interpretada de manera amplia por el TJUE (2011) que la extendió a los embriones humanos con fines de investigación científica, o cuando la invención requiera la destrucción de embriones humanos o su uso como materia prima.(6)

A esta altura, cabe recordar que la PI clásica está conformada por el conjunto de normas jurídicas que adoptan su forma actual en tiempos de la revolución industrial, y cuya finalidad era -justamente- proteger la masiva producción de aquella época. Y -como se adelantó- a pesar de ser conocidos genéricamente como DPI, dicha denominación es residual y agrupa una cantidad tan diversa de normas e instituciones, que resulta imposible su tratamiento como si fuera una materia jurídica única. Dichas normas e instituciones son tantas que se hallan dispersas en casi todas las áreas del derecho vigente. Su tratamiento -por el DJA- requirió ubicarlas necesariamente en aquellas áreas del derecho a las que pertenecen por su naturaleza. Cualquier intento serio de reunir los diferentes DPI como una sola rama del derecho hubiera generado (y generaría en el futuro) aún más confusión de la que ya causan estos derechos cuyo único punto en común es el *ius excludendi*.

Finalmente, ha de reiterarse lo dicho al comienzo en el sentido de que la PI se encuentra en una etapa de cambio para ajustarse (en la medida de lo posible) a la realidad en que actúa. Este cambio no es voluntario sino netamente darwiniano: se adapta para sobrevivir. En función de lo dicho, mal puede el DJA agrupar las normas sobre PI, si su intención es ordenar el presente y -además, y principalmente- trascender y perdurar en el futuro.

3. La metodología del Digesto sobre la propiedad intelectual: de la oscuridad de la cripta a la luz de la democracia.

El DJA constituye una obra extraordinaria desde todo punto de vista. Su metodología sencilla y actualizada supera -por mucho- los estándares internacionales. La facilidad de su consulta permite que el público común acceda fácilmente a la realidad normativa. Esto último, sin embargo, puede acarrear alguna crítica desde el mundo de la PI en el cual los conocimientos se mantienen encriptados y en la más absoluta oscuridad. De esta manera el acceso (siempre parcial y fragmentario) a dichos conocimientos, resulta sumamente caro y en beneficio de unos pocos. En resumen: quien quiera conocer mejor la PI debe pagar mucho por acceder a ese conocimiento. No es de extrañar que las dictaduras hayan sido el escenario ideal para la enorme proliferación normativa en materia de propiedad intelectual.

Respecto de la metodología del digesto, sostiene Antonio Martino que (el DJA) "es una obra oportuna, hecha con la mejor tecnología y teoría disponibles, que ha logrado un primer éxito espectacular quitando el 90% de la legislación considerada obsoleta. Su efectividad y precisión se podrán evaluar en los próximos años, cuando los operadores jurídicos comiencen a utilizarlo. Es una obra viva y continua en el tiempo, más parecida a una película que a un fotograma (...)"(7).

Tal como se dijo en los párrafos anteriores, las normas sobre PI son tan diferentes entre sí que varias han sido correctamente ubicadas en materia administrativa. Tal es el caso (ejemplificativo) del Decreto Ley N° 1224 (Creación del Fondo nacional de las Artes)(8) y de la Ley N° 24.664 (Titularidad del símbolo olímpico)(9). Ambas normas son netamente administrativas y no guardan ninguna relación con (por ejemplo) la Ley N° 24.481 (Patentes de invención), cuya naturaleza es netamente comercial,(10) y que -en consecuencia- ha sido ubicada, con acierto, en esta última materia.

Al respecto señala el jurista Eduardo Mertehtikian, quien participó del análisis y compilación en materia de derecho administrativo y de la comunicación en el DJA que "Se trata, nada menos, que de la trascendente tarea de consolidar las leyes nacionales generales vigentes -también decretos leyes y decretos de necesidad y urgencia- que regulan ese ámbito estatal que es la Administración pública (1), en la intención de tornar asequible el enorme universo normativo que hace ya muchos años atrás el profesor Carlos A. M. Young había caracterizado como terra incógnita"(11).

Siguiendo lo dicho en la introducción de este trabajo, cabe resumir que el DJA toma todas y cada una de las (muy diferentes) normas argentinas sobre PI y las ordena acertadamente de acuerdo a las materias en que ha agrupado el derecho vigente para su mejor comprensión. Ello se debe a que las normas sobre PI se refieren a cuestiones muy distintas entre sí, y a que se han sumado -desde su nacimiento- a la rama jurídica que les resultaba más compatible. Así la normativa sobre derecho de autor resulta básicamente civil,(12) en tanto que la ley que regula de marcas es netamente comercial(13). Lo único que tienen en común es que ambas crean monopolios de exclusión, y sólo parecería posible agruparlas bajo el título "normas que crea ius excludendi", lo que deviene inconsistente pues el factor de cohesión nada dice acerca de ellas.

A esta altura de nuestro trabajo cabe aclarar que, ya nadie sostiene seriamente que la PI es una rama del derecho. La PI aparece en el derecho así como en la economía, la política, el marketing, el diseño, o cualquier otra manifestación de la cultura contemporánea en la que pretenda la protección de algo intangible, su valoración, su promoción o su comercialización; en definitiva cuando se pretenda por dicho intangible un beneficio económico. Cualquier pretensión de encerrarla bajo la apariencia de una rama, categoría o materia del derecho se basa en concepciones del siglo pasado, perimidas, cuando no absurdas. Es por ello que el DJA la recoge de una manera fácil, práctica y armónica, muy adecuada a los tiempos que corren.

Finalmente, cabe tener en cuenta que el DJA tiene miras de perdurar en el tiempo y así servir como facilitador de las consultas jurídicas hacia el futuro. Es por ello que los muy diferentes DPI han sido ubicados en las categorías jurídicas a las que mejor se adecuan, todo ello de manera precisa y armónica. No cabe duda que -respecto de la normativa sobre PI- el DJA ha adoptado la única solución posible. Respecto de la metodología utilizada,

dice Martino: "la técnica de la consolidación (...) aparece como la mejor de las soluciones pero también como una de las más difíciles de lograr, debido a su extensión y a la intención de comprender el orden legislativo en su conjunto. La ventaja notable es que el producto conforma un conjunto ordenado de normas relativas a cada una de las materias o categorías en que fue dividido el ordenamiento, de fácil consulta y muy adecuado a los nuevos procesos tecnológicos" (14). En este aspecto, ha de reiterarse que el DJA recoge la normativa sobre PI de manera inteligente y tras largos años de pormenorizados estudios.

4. Una pregunta importante: (qué tienen en común las normas sobre propiedad intelectual?).

Las instituciones de la PI clásica son pétreas y resisten los cambios culturales en pos del beneficio acordado a sus propietarios. Esto no es un secreto. El mejor ejemplo de ello son las patentes de invención, que crean monopolios jurídicos y económicos absolutos con escasos (o nulos) beneficios para el conjunto de la comunidad. Por excepción, existen derechos intelectuales más nuevos (muy resistidos por la PI clásica) que requieren un uso colectivo y favorecen el crecimiento de sectores socio-económicos que han estado tradicionalmente excluidos de los beneficios de la PI clásica. Estos nuevos derechos de propiedad intelectual (-en adelante, DPI-) pueden agruparse en dos grandes categorías: las indicaciones geográficas (15) y las marcas colectivas (16). Sin embargo, ocupan una posición minoritaria. Existe, por tanto, la necesidad de individualizar las diferentes normas sobre PI, estudiar los derechos superiores a que se refieren, y compilarlas en la materia jurídica de fondo a la que abrevan. Eso ha hecho, con certeza, el DJA en su largo recorrido, que culminó en el año 2014.

Respecto del común denominador de las normas que conforman la PI clásica, ya se ha dicho que es el llamado *ius excludendi*. Este derecho es la facultad absoluta del titular (o "propietario") de excluir a todos de los beneficios de su creación o invención. El *ius excludendi* le confiere el carácter de derecho negativo, vale decir que no se crea para ser usado, sino para excluir a los demás de su uso. Este derecho negativo (ínsito en la esencia de todos los DPI) ha permitido a la PI clásica crecer sin límite en los países del Norte -y limitar fuertemente el desarrollo de los Pueblos del Sur- desde los tiempos de la revolución industrial hasta nuestros días.

Respecto de este tema, el premio Nobel de economía Joseph Stiglitz se refiere frecuentemente a la PI, no solamente como una figura jurídica sino -principalmente- como un mecanismo de política económica y de distorsión de la libre competencia. Dice Stiglitz que la PI afecta severamente la investigación y el desarrollo muy especialmente en los países más carenciados, como es el caso de los PED (17) y los PMA (18). El autor también se refiere a los fundamentos económicos de los derechos de propiedad intelectual, y sostiene que ésta no sólo crea una restricción en el uso de los conocimientos, sino que tiene algo peor: se crea el poder monopolístico, el cual conduce a distorsiones en la asignación de recursos, que limitan la competencia y a una restricción en el uso del conocimiento, lo cual -nuevamente- da poder al monopolio (19). Como puede verse, al igual que otros autores, Stiglitz toma como ejemplo de monopolio el caso de las patentes sobre medicamentos, y su alto costo económico y social los países no desarrollados (20).

Respecto del enfrentamiento de los monopolios de patentes con los derechos sociales y culturales, (y del futuro de las patentes), Stiglitz sostiene que su problema fundamental consiste en "limitar el uso del conocimiento" mediante la concesión de un poder monopolístico (el *ius excludendi*), que muchas veces hace que los sectores más pobres de la población mundial no puedan acceder a los medicamentos o a los productos agroindustriales patentados (21). Por tal motivo, el mencionado economista propone el uso de un "sistema de premios" que fomenten la innovación particular (no empresaria) y permitan reducir los costos de los productos como consecuencia del aumento de su oferta en el mercado. Al respecto, también sostiene que los grandes laboratorios invierten casi exclusivamente en la producción de drogas relacionadas con el estilo de vida (como los cosméticos) que en drogas destinadas a salvar vidas, y que no invierten casi nada en enfermedades que afligen a cientos de millones de personas pobres, como la malaria (22). Stiglitz sostiene que los actuales incentivos a la investigación médica privada se orientan por el tamaño de los

potenciales mercados, de modo que diversas enfermedades que afectan a los pobres, que tienen mercados potencialmente limitados, no son suficiente incentivo para una inversión en investigación y desarrollo destinada a esos sectores (23). Recientemente el célebre economista propuso aumentar los impuestos a los monopolios y otras actividades similares (24).

En el mismo sentido se expresan Correa y otros especialistas, (25) quienes sostienen que sólo un porcentaje mínimo del gasto mundial en investigación y desarrollo de productos farmacéuticos se destina a las enfermedades que afectan a los habitantes de los PED y los PMA, cuya situación frente a la aplicación de la PI clásica es dramática (26). Haití es un caso emblemático que no logra cumplir con los estrictos tiempos fijados por el Acuerdo sobre los ADPIC para su implementación (27). Y en función de la iniciativa de Haití y otros PMA, estos dispondrán de un plazo adicional para la implementación del Acuerdo, a partir de 2013 y hasta el 21 de junio de 2021(28).

Ha de concluirse que el único elemento en común que presentan las diferentes normas sobre PI es el *ius excludendi*, el cual resulta insuficiente como factor de cohesión normativa que justifique un eventual (aunque imposible) agrupamiento.

5. Las normas sobre propiedad intelectual y el derecho del consumidor: una relación muy cercana.

Recientemente la Argentina ha creado una serie de normas que protegen fuertemente a los consumidores y la competencia. Recientes investigaciones de prestigiosos centros de estudios han profundizado la cuestión de la propiedad intelectual y su estrecha relación con las nuevas concepciones jurídicas que reconocen la superioridad de los derechos del consumidor (29) y de la competencia (30). Ello se basa en una fuerte corriente doctrinaria que impregna todos los ordenamientos bajo análisis, vale decir tanto en materia de PI, como en materia de consumidores y competencia.

Sin embargo, la normativa sobre consumidores y competencia sigue siendo una materia completamente ajena a la PI ya que no crea derechos de exclusión absolutos. La estrecha relación mencionada en el párrafo anterior no autoriza que ambas materias deban legislarse (o agruparse) de manera conjunta. Lejos de ello, cada una de ellas influye sobre la otra, sin que por ello deban ser consideradas -a los efectos del DJA- una misma materia jurídica. Semejante inclusión implicaría agrupar materias por alguna relación arbitraria, ajena completamente a su esencia (31).

Es por ello que la Ley N° 24.240 (Ley de defensa del consumidor)(32) ha sido correctamente agrupada con las normas de naturaleza comercial, junto con la Ley N° 22.362, que regula las marcas (33) y con la Ley N° 22.426, que regula los contratos de transferencia de tecnología y marcas extranjeras (34).

6. Conclusión: Una consolidación acertada.

Como resultado de lo expuesto en este trabajo, resulta evidente que el DJA recoge las normas vigentes en materia de PI y las compila adecuadamente en función de las (muy) diferentes materias jurídicas que regulan. Asimismo, cabe resaltar que no existe un contenido o materia jurídica "común" que determine una característica propia de los distintos DPI, y que justifique su tratamiento de una manera diferente a la que utiliza nuestro Digesto.

La única característica común que presentan los DPI es el *ius excludendi*, que es un derecho negativo que crea monopolios jurídicos y económicos en favor de su propietario. Respecto de él, importantes autores internacionales coinciden en señalar que la mayoría de las normas llamadas PI constituyen, en conjunto, derechos de exclusión (35).

En consecuencia, la metodología del DJA en el tratamiento de la normativa sobre propiedad intelectual es acertada, precisa, y merece el mayor de los reconocimientos.

7. Normativa ejemplificativa.

* Ley N° 26.939. Digesto Jurídico Argentino.

* Ley N° 26.355. Ahora Ley F-3039. Marcas colectivas.

* Ley N° 24.481. Ahora Ley F-1997. Patentes de invención.
* Ley N° 22.362. Ahora Ley F-1264. Marcas.
* Ley N° 11.723. Ahora Ley E-0175. Régimen legal de la propiedad intelectual.
* Ley N° 25.380. Ahora Ley F-2461. Productos agrícolas y agroalimentarios. Indicaciones geográficas.

Notas al pie.

(1) Abogado (Diploma de Honor, UBA). Doctor en Sociología (Universidad Argentina John F. Kennedy). Posgraduado en Propiedad Intelectual para el Desarrollo (Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo), Roma. Oficial a cargo del Programa de Propiedad Intelectual en la Argentina de la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo (2009-2013). Ex becario de los gobiernos de Italia, Francia y Malasia. Actualmente a cargo del asesoramiento y registro de las marcas colectivas de la Argentina.

(2) La expresión propiedad intelectual es propia de los países del Norte, y - si bien tiene acepciones diferentes- hace alusión a una serie de derechos e instituciones originariamente destinadas a proteger la producción y comercialización generada masivamente por la revolución industrial. Si bien esos derechos han evolucionado de manera diferente (por tratarse de derechos muy distintos entre sí) no cabe duda de que la revolución industrial incidió sobre todos ellos y les imprimió sus actuales características. Respecto de las patentes, se caracterizan por limitar la libre transmisión del conocimiento. Asimismo permiten que grandes monopolios incidan en los mercados distorsionando los precios en su beneficio. Por otro lado, en España la expresión propiedad intelectual hace alusión frecuentemente a lo que conocemos como derecho de autor. En el derecho anglosajón aparece la expresión copyright, que hace referencia a un derecho intelectual que guarda algunas similitudes con nuestro derecho de autor. Sin embargo, a pesar de sus diferencias, todos ellos se caracterizan por presentar el ius excludendi, que es el derecho de su propietario de excluir a los demás de su uso.

(3) Suprema Corte de los Estados Unidos: Sentencia de 13-06-2013. Autos: "ASSOCIATION FOR MOLECULAR PATHOLOGY ET AL. VS. MYRIAD GENETICS, INC., ET AL."

(4) Ha de recordarse que el derecho comunitario de la UE una directiva es una norma vinculante para el estado o los estados destinatarios en cuanto al resultado que debe obtenerse, dejándoles la elección de los medios y la forma.

(5) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, establece expresamente que se consideran "(...) no patentables, en particular: (...) (c) las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales;(...)"

(6) Ha dicho el TJUE que "(...) La exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil. " Y agrega que "El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 excluye la patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos. " Al respecto ver TJUE (Gran Sala) "Oliver Brüstle contra Greenpeace eV. " (Petición de decisión prejudicial: Bundesgerichtshof - Alemania). Decisión N°C-34/10. Fecha 18/10/2011.

A ello se suman las normas europeas que expresamente definen cuál es la materia viva susceptible de ser patentada, de manera restrictiva. En el art. 3° define la materia biológica susceptible de ser patentada como "aquella materia biológica aislada de su entorno natural o producida por medio de un procedimiento técnico ...] aun cuando ya exista anteriormente en estado natural. " De este modo se recepta el carácter de invención de las secuencias de genes aisladas en los laboratorios y se admite su patentabilidad. Fuente:

OMPI/GRTKF/IC/1/8. ANEXO I. DIRECTIVA 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de fecha 30/07/1998.

(7) MARTINO, ANTONIO. "Algunas observaciones sobre el Digesto Jurídico Argentino", en Revista Derecho Público. Año III, N° 8. Buenos Aires, Ediciones Infojus, agosto de 2014, p. 166.

(8) Ahora ACU-0483.

(9) Ahora ASO-2039.

(10) Ahora: F-1997.

(11) MERTEHIKIAN, EDUARDO. "La trascendencia del Digesto Jurídico Argentino para el derecho administrativo", en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -RAP- N° 398, noviembre de 2011, p. 7.

(12) Ley N° 11.723.

(13) Ley N° 26.355 (norma de la Dictadura).

(14) MARTINO, ANTONIO. Op. cit. p. 160.

(15) Las indicaciones geográficas.

(16) Respecto del uso de la expresión "propiedad intelectual" para estos nuevos derechos, cabe aclarar que resulta más preciso llamarlos "producción intelectual", la cual es -a primera vista- la más adecuada para explicar la problemática que se trata en este trabajo. Asimismo, debe aclararse que el uso del término "propiedad" para referirse a los productos del intelecto ha quedado completamente desactualizado frente a la revalorización del conocimiento colectivo, ancestral o tradicional, que no admite el concepto de "propiedad" en sentido que le han dado las antiguas potencias coloniales. Los conocimientos y las expresiones culturales son considerados como parte inseparable de la comunidad, y por lo tanto, resulta inconcebible la posibilidad de su apropiación por cualquier individuo, sea o no miembro de ella. No cabe dentro de la historia de las naciones y comunidades indígenas, originarias o tribales, la posibilidad de apropiación individual y -por lo tanto- la concepción de "propiedad intelectual" en sentido clásico tal como fue impuesto por los países centrales y las ya mencionadas potencias coloniales desde los tiempos de la revolución industrial.

(17) Países en desarrollo.

(18) Países menos adelantados. Conforme el índice de desarrollo que publica anualmente la UNCTAD.

(19) STIGLITZ, JOSEPH. "Economic foundations of intellectual property rights", en Duke Law Journal, (Vol. 57:1693), 2008, p. 1700.

(20) VHENRY, CLAUDE y STIGLITZ, J. "Intellectual property, dissemination of innovation and sustainable development", en Global Policy (Vol. 1), (ed.) London School of Economics and Political Science and John Wiley & Sons Ltd., 2010, p. 239.

(21) STIGLITZ, JOSEPH. Intellectual Property, Dissemination of Innovation and Sustainable Development. Londres, (ed.) London School of Economics and Political Science and John Wiley & Sons Ltd., 2010, pp. 237 y ss.

(22) Stiglitz ha publicado una gran cantidad de artículos referidos a la problemática de la salud y el alto costo de los medicamentos, especialmente en lo relativo a los países más pobres.

(23) STIGLITZ, JOSEPH. "Medicine for tomorrow: Some alternative proposals to promote socially beneficial research and development in pharmaceuticals", en Journal of Generic Medicines, Vol. 7, 3, 217-226. Macmillan Publishers Ltd., 2010, p. 219.

(24) STIGLITZ, JOSEPH. Reforming taxation to promote growth and equity, Publicación en línea http://www.aimcmp.com/Stiglitz_Reforming_Taxation_White_Paper_Roosevelt_Institute.pdf (ed.) The Roosevelt Institute, 28 de mayo de 2014.

(25) CORREA, CARLOS (Director), "Propiedad intelectual y políticas de desarrollo", en Temas de derecho industrial y de la competencia N° 7, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 2005, pp. 108 y ss.

(26) Se sigue en este punto la terminología utilizada por Correa en la obra citada.

(27) OMC. "Solicitud de prórroga del período de transición previsto en el párrafo 1 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC. " Comunicación de Haití en nombre del Grupo de los PMA presentada ante el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Documento OMC IP/C/W/583. Fecha 5 de noviembre de 2012.

(28) OMC. "Propiedad intelectual. Reunión formal del Consejo. Los países

menos adelantados dispondrán de ocho años más para asegurar la protección de la propiedad intelectual", en OMC Noticias 2013. Fecha: 11 y 12 de junio de 2013.

(29) Los derechos del consumidor suelen tener raigambre constitucional expresa en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de América Latina y del Sur.

(30) Al respecto: ALFARO, ARKAITZ EZKAI. Propiedad industrial y competencia. (ed.) Universidad de Navarra, Pamplona, 05/06/2014, publicación en línea: <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/11274/ezkai68548.pdf?sequence=1>]. ERRÁZURIZ TORTORELLI, CRISTINA. "Indicaciones geográficas y denominaciones de origen: Propiedad intelectual en progreso", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 37, No. 2 (Mayo - Agosto 2010), Santiago, (ed.) Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 207-239. MARÍN LÓPEZ, MANUEL. "El "nuevo concepto" del consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 9/2014. MENDOZA LOSANA, ANA. "La ley 3/2014, de reforma de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios: (Más y mejores derechos para los consumidores?", en Revista CESCO de Derecho de Consumo, N° 10/2014.

(31) De hecho, todas las materias jurídicas inciden sobre las demás de alguna manera, lo que no autoriza a agruparlas solamente porque tengan relaciones (más o menos) visibles.

(32) Ahora: F-1884.

(33) Ahora: F-1264.

(34) Ahora: F-1285.

(35) Entre ellos cabe destacar la postura de J. Stiglitz respecto de los monopolios creados por las patentes de invención.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 20 DE OCTUBRE DE 2014

:

Editorial: Infojus

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Decreto Ley 1.224/58, Ley 11.723, Ley 22.362, Ley 22.426, Ley 24.240, Ley 24.664, LEY 25.380, LEY 26.355, LEY 24.481 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 260/96

REF. BIBLIOGRAFICAS

ALFARO, ARKAITZ EZKAI. Propiedad industrial y competencia. (ed.) Universidad de Navarra, Pamplona, 05/06/2014, publicación en línea: <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/11274/ezkai68548.pdf?sequence=1>].

ERRÁZURIZ TORTORELLI, CRISTINA. "Indicaciones geográficas y denominaciones de origen: Propiedad intelectual en progreso", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 37, No. 2 (Mayo - Agosto 2010), Santiago, (ed.) Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 207-239.

MARÍN LÓPEZ, MANUEL. "El "nuevo concepto" del consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 9/2014.

MARTINO, ANTONIO. "Algunas observaciones sobre el Digesto Jurídico Argentino", en Revista Derecho Público. Año III, N° 8. Buenos Aires, Ediciones Infojus, agosto de 2014.

MENDOZA LOSANA, ANA. "La ley 3/2014, de reforma de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios: (Más y mejores derechos para los consumidores?", en Revista CESCO de Derecho de Consumo, N° 10/2014.

MERTEHIKIAN, EDUARDO. "La trascendencia del Digesto Jurídico Argentino para el derecho administrativo", en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap- N° 398, noviembre de 2011.

STIGLITZ, JOSEPH. "How Intellectual Property Reinforces Inequality", en The New York Times, publicación en línea <http://www.nytimes.com/>] 14/7/2013.

STIGLITZ, JOSEPH. "Economic Foundations of Intellectual Property Rights", en Duke Law Journal, (Vol. 57:1693), 2008.

STIGLITZ, JOSEPH. "Medicine for tomorrow: Some alternative proposals to promote socially beneficial research and development in pharmaceuticals", en Journal of Generic Medicines, Vol. 7, 3, 217-226. (ed.) Macmillan Publishers Ltd., 2010.

STIGLITZ, JOSEPH. Intellectual Property, Dissemination of Innovation and Sustainable Development. Londres, (ed.) London School of Economics and Political Science y John Wiley & Sons Ltd., 2010.

STIGLITZ, JOSEPH. Premios. No patentes (Martínez, Claudia: Traductora) en Project Syndicate, en línea www.project-syndicate.org] Fecha: 3/6/2007.

STIGLITZ, JOSEPH. "Reforming taxation to promote growth and equity", publicación en línea [http://www.aimcmp.com/Stiglitz_Reforming_Taxation_White_Paper_Roosevelt_Institute .pdf](http://www.aimcmp.com/Stiglitz_Reforming_Taxation_White_Paper_Roosevelt_Institute.pdf)] (ed.) The Roosevelt Institute, 28 de mayo de 2014.

STIGLITZ, JOSEPH. Vidas vs. beneficios (Gurman, Leopoldo: Traductor), en Project Syndicate, publicación en línea www.project-syndicate.org] Fecha: 6/5/2013.

El nuevo proceso de consumo: hacia una mejora de la tutela judicial efectiva del consumidor

PICASSO, SEBASTIÁN|SÁENZ, LUIS R. J.

Publicación: www.infojus.gov.ar, 18 DE SETIEMBRE DE 2014

TEMA

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-RELACION DE CONSUMO-ACCESO A LA JUSTICIA

TEXTO

El derecho del consumo es una disciplina relativamente reciente. Las primeras leyes más o menos orgánicas de defensa del consumidor aparecieron en Europa a partir de la década de 1970, y en Latinoamérica, en la de 1990. En la Argentina, la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC) fue sancionada en 1993, y la reforma constitucional de 1994 introdujo una serie de derechos del consumidor en el art. 42 de nuestra Carta Magna.

La irrupción de esos cuerpos normativos implicó una importante revolución en el ámbito jurídico, que tiene su correlato en el terreno económico. Se trata de un conjunto de reglas que tienden a proteger a los consumidores frente a quienes comercializan bienes y servicios en la actual economía de mercado. Es evidente que los primeros están en una situación de marcada vulnerabilidad, pues los conocimientos técnicos y el poder económico de las empresas es mucho mayor del que pueden tener los individuos que adquieren los bienes y servicios que ellas ofrecen. De allí el surgimiento de esa normativa que trata de compensar en el plano jurídico -mediante la concesión de una serie de prerrogativas especiales al consumidor- la desigualdad que existe de hecho entre esas dos partes.

Entre las herramientas que la LDC proporciona al consumidor para lograr ese propósito cabe destacar: 1) la caracterización muy laxa de la relación de consumo, inclusiva no solo de quien adquiere productos o servicios, sino también de quien los utiliza o quien, sin estar en ninguna de esas dos categorías, simplemente se encuentra "expuesto" a una relación de consumo ajena; 2) la consagración de un deber de información muy exigente en cabeza de los proveedores de bienes y servicios, que abarca tanto el período precontractual como el contractual (art. 4); 3) un sistema de protección precontractual y contractual que tutela al adquirente de bienes o servicios respecto de la publicidad que realiza el proveedor (art. 7), la oferta (art. 8), las cláusulas abusivas (arts. 37 y ss.), entre otros extremos; 4) un sistema de sanciones frente al incumplimiento del proveedor que suma a las que ya consagraba el derecho común otras novedosas, como la sustitución de la prestación por otra (art. 10 bis inc. "b"), la reparación de la cosa (art. 11 y ss.) o la corrección del servicio (art. 19 y ss.); 5) una obligación de seguridad de resultado que tutela al consumidor frente a cualquier daño que le sea causado en el ámbito de la relación de consumo (art. 5), junto con un régimen específico para los supuestos de daños causados por productos o servicios riesgosos o viciosos (art. 40); 6) un procedimiento administrativo sancionador al cual puede recurrir el consumidor frente a la violación de la ley por parte del proveedor (arts. 45 y concs.); 7) una serie de disposiciones procesales para facilitar la concreción de sus derechos, como la celeridad y la gratuidad del procedimiento (art. 53) y las acciones colectivas (art. 54), etc.

Así las cosas, podemos hoy afirmar, sin temor a equivocaciones, que luego de la reforma instaurada por la ley 26.361 al régimen de la LDC las herramientas previstas en el ordenamiento jurídico para proteger al consumidor son adecuadas y suficientes, sin perjuicio de que, como siempre sucede, los cambios tecnológicos, las nuevas modalidades de comercialización, y el dinamismo del mercado tornan necesaria una actualización permanente del sistema.

Sin embargo, existe hasta el día de hoy un aspecto en que el régimen tuitivo que analizamos no resulta eficiente. Nos referimos a los procedimientos

administrativos y judiciales a los cuales puede recurrir el consumidor para obtener la tutela de sus derechos, o el cumplimiento de la prestación por parte del proveedor.

En cuanto al procedimiento administrativo, si bien la LDC contempla un régimen que permite a la autoridad de aplicación imponer sanciones frente al incumplimiento del proveedor, lo cierto es que recurriendo a esa vía el consumidor no obtiene la satisfacción de su pretensión, pues incluso las eventuales multas que se apliquen al proveedor tendrán por destino las arcas del estado. El denunciante ni siquiera es parte en sede administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de llegar a un acuerdo en la audiencia conciliatoria (arts. 45 y conchs. de la LDC).

En el plano judicial, la LDC contempla una serie de herramientas tuitivas que modifican aspectos importantes del proceso judicial clásico, tales como la gratuidad del litigio para el consumidor, la celeridad del trámite, la imposición al proveedor de un deber de colaboración calificado en el juicio, etc. (arts. 52 y ss. de la LDC). Pero dichos instrumentos siguen enfrentándose a un obstáculo hasta ahora insalvable: los procesos son de todos modos muy prolongados, requieren de importantes gastos, y muchas veces no se justifica llevarlos a cabo teniendo en cuenta los montos en juego. A lo que se suma que en numerosos casos los tribunales civiles o comerciales siguen sin aplicar la regla que establece la vía sumarísima para las acciones deducidas por los consumidores. Es decir que, desde la sanción de la LDC en el año 1994, y hasta la actualidad, el acceso a la justicia del consumidor no se encuentra aún debidamente protegido.

En ese marco, resulta auspiciosa la ley aprobada recientemente por el Congreso Nacional mediante el cual se crea el "Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo", pues tiende a paliar, en buena medida, las deficiencias que acabamos de apuntar.

El sistema que se pretende instaurar mediante esta normativa -que se limita, naturalmente, al ámbito de la justicia nacional (con sede en la Capital Federal) y la federal- consta de una instancia de conciliación previa -denominada "Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo" (en adelante, COPREC; art. 1)-, y de dos instancias independientes posteriores a las cuales podrá recurrir el consumidor, a su libre elección (art. 17), siempre que el caso se encuentre dentro de la competencia de dichos órganos. Esta mediación previa obligatoria cuenta con una restricción cuantitativa que, como lo veremos, también alcanza a todo el sistema, y que consiste en que el reclamo no exceda de la suma equivalente a cincuenta y cinco salarios mínimos, vitales y móviles.

La primera de las instancias posteriores a las que nos referimos es el procedimiento ante la Auditoría de Relaciones de Consumo, creada por esta ley (art. 22; en adelante, "la auditoría"), que constituye un trámite llevado a cabo ante funcionarios administrativos designados por concurso, investidos de facultades jurisdiccionales (arts. 23 y ss.). La auditoría actuará en todo el país (art. 22), y su competencia se encuentra restringida a las acciones vinculadas con las relaciones de consumo, pero con una limitación cuantitativa importante, pues solo podrá intervenir cuando la controversia no supere la suma equivalente a quince salarios mínimos, vitales y móviles. Las decisiones que adopte el auditor competente podrán ser recurridas en forma directa ante la Cámara Nacional y Federal en las Relaciones de Consumo -cuya creación contempla la ley recientemente sancionada- o, en su caso, ante las cámaras federales competentes en el resto del territorio de la República (arts. 38 y ss.).

El consumidor también contará con la opción de recurrir, una vez culminado el proceso conciliatorio previo ante el COPREC, directamente ante el órgano jurisdiccional competente en cualquier jurisdicción del país. En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la ley crea la Justicia Federal y Nacional en las Relaciones de Consumo, que estará integrada por ocho juzgados de primera instancia y dos una Cámara de Apelaciones dividida en dos salas (arts. 43 y ss.), competentes en las causas referidas a relaciones de consumo en las que el monto de la demanda, al momento de promoverse la acción, no supere el valor

equivalente a cincuenta y cinco salarios mínimos vitales y móviles.

No pretendemos realizar un análisis exhaustivo de todas las previsiones de la flamante ley, sino trazar un panorama general de los aspectos que nos parecen más destacados. En este sentido, cabe poner de resalto que el sistema propuesto implicará una mejora sustancial en la tutela judicial del consumidor en varios puntos, que trataremos de sintetizar continuación.

1. Oralidad e intermediación judicial. Todo el sistema se encuentra inspirado en la idea de la oralidad del procedimiento. En primer lugar, la mediación ante el COPREC se desarrolla en una audiencia confidencial entre las partes, a celebrarse en el domicilio constituido por el mediador (art. 11). El requerido está obligado a concurrir en forma personal al acto, pues, en caso de incomparecencia injustificada, será pasible de una multa, que ascenderá al valor equivalente a un salario mínimo vital y móvil, y un tercio de dicho importe -a diferencia de lo que ocurre en las conciliaciones ordinarias, art. 28 de la ley 26.589- se destinará al denunciante (art. 16).

A su vez, si el consumidor recurre ante un auditor administrativo, presentado el reclamo se convocará al proveedor a una audiencia, en la cual este último deberá formular las defensas que considere pertinentes y aportar la prueba que haga a su derecho (art. 33). En el mismo acto el auditor resolverá la cuestión (art. 35).

Finalmente, en el ámbito judicial la ley sancionada incorpora importantes innovaciones, pues prevé que, una vez contestada la demanda, se fijará una audiencia en la cual se producirá la totalidad de las pruebas ofrecidas, y el magistrado actuante dictará la sentencia en el mismo acto, o bien emitirá en él el fallo correspondiente y diferirá su fundamentación, la que deberá emitirse dentro del término de los cinco días posteriores a la celebración de la audiencia (art. 53). Asimismo, la presencia del juez en esta última es obligatoria.

Como puede apreciarse, la oralidad rige en todo el sistema, y se conjuga con la intermediación judicial, pues el decisor tomará conocimiento directo de las pruebas aportadas en el acto mismo de la audiencia, y podrá decidir las cuestiones sometidas a su decisión con mayor celeridad.

2. Gratuidad. Otra herramienta destinada a favorecer y facilitar el acceso a la justicia por parte del consumidor es la gratuidad del sistema. En este sentido, ya el art. 3 de la normativa en análisis prevé la gratuidad de la etapa conciliatoria para el consumidor (siempre que el mediador sea designado por sorteo, art. 7, inc. a). A su vez, el denunciante podrá o no contar con asistencia letrada y, en especial, podrá asistir a la audiencia acompañado por representantes de una asociación de consumidores y usuarios, o del Ministerio Público de la Defensa, como así también de otros organismos estatales de defensa del consumidor o servicios de patrocinio gratuito (art. 9).

En la instancia de la auditoría, el consumidor podrá también contar con la asistencia de los órganos o entes antes mencionados pero, además, la Secretaría de Comercio deberá poner a su disposición un servicio de patrocinio jurídico gratuito, al cual podrá recurrir el interesado siempre que cumpla con los requisitos que se establezcan reglamentariamente (art. 30).

Lo mismo ocurre en la órbita judicial, donde el proceso se regirá por el principio de gratuidad (art. 55), y el consumidor podrá contar con un servicio de patrocinio jurídico gratuito, más allá de la protección que corresponda al Ministerio Público de la Defensa (art. 52).

3. Economía procesal. Todo el proceso instaurado por la ley garantiza al consumidor una solución rápida y adecuada para su pretensión, a través de la reducción de las distintas incidencias que se pueden plantear en sede judicial y la simplificación del litigio.

En ese sentido, podemos destacar que en el juicio no serán admisibles las defensas de previo y especial pronunciamiento, la recusación con causa o la reconvencción (art. 53 inc. b). A su vez, la prueba será proveída por el juez

luego de contestada la demanda, y no será procedente la absolución de posiciones. Todos los plazos serán de tres días, con la salvedad del término para contestar la demanda y fundar o contestar los fundamentos de la apelación, que serán de cinco días (art. 53 inc. d). La audiencia será señalada para dentro de los quince días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo (art. 53, inc. e), y -como ya lo hemos dicho- en el marco de la audiencia se resolverán todas las cuestiones atinentes a la producción de la prueba (art. 53, inc. f). Además, en el mismo acto el magistrado decidirá, en definitiva, sobre la cuestión planteada (art. 53, inc. i). También es relevante tener en cuenta que en dicha audiencia las partes quedarán notificadas de la decisión (art. 53, inc. j).

Finalmente, el art. 54 prevé expresamente que todo el proceso no podrá superar el término de sesenta días.

4. Menor cuantía. También colabora con el acceso a la justicia y la rápida tutela de los derechos del consumidor la limitación cuantitativa de las acciones que podrán promoverse por el sistema en análisis. En efecto, nunca la pretensión del consumidor podrá exceder de la suma equivalente a cincuenta y cinco salarios mínimos vitales y móviles (arts. 2 y 42), por lo cual se garantiza la tramitación ágil de las causas, pues los procesos de mayor entidad -y, por ende, de mayor complejidad- deberán seguir radicándose ante la justicia ordinaria (esto es: en el ámbito de la Capital Federal, la Justicia Nacional en lo Civil, en lo Comercial, en lo Contencioso Administrativo Federal o en lo Civil y Comercial Federal, según los casos; en el interior del país, en los juzgados y cámaras federales que correspondan). Esto favorecerá que los nuevos tribunales no se vean atiborrados de causas que requieren un amplio marco de debate y prueba, lo que podría complicar la tramitación de los procesos más sencillos que, en el caso del derecho del consumo, son la innegable mayoría.

5. Especificidad. Entre las características que presenta el sistema, y que favorecen la protección de la parte débil de la relación de consumo, la especificidad de los magistrados administrativos y judiciales que decidirán las controversias que se someterán a su conocimiento es primordial. En efecto, el régimen tuitivo del consumo presenta aristas particulares que deben tenerse en cuenta al momento de decidir las controversias, que van desde la formación del contrato (v. gr. los caracteres de la oferta y los deberes precontractuales del proveedor) hasta la responsabilidad por daños, de corte netamente objetivo, entre otros extremos.

Asimismo, es fundamental que el juez tenga en cuenta los principios que rigen el derecho del consumo y que, como lo venimos diciendo, son ajenos al régimen general, tales como la interpretación más favorable para el consumidor, y la protección de este último como la parte débil de la relación jurídica.

A partir de la flamante ley, entonces, los consumidores contarán por fin con un fuero orientado decididamente en pos de su tutela, y deberán dejar de litigar -en buena medida- ante tribunales cuya razón de ser fue incluso, históricamente, la protección de la otra parte de la relación de consumo (como la justicia comercial). En este sentido, la norma recientemente sancionada nos recuerda otro hito en la historia de la tutela del débil jurídico, que estuvo constituido por la creación de la justicia del trabajo.

6. Independencia de los auditores administrativos. Finalmente, y dentro de este somero análisis, no podemos dejar de poner de resalto los caracteres que revisten los auditores que decidirán, en la instancia administrativa, las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento.

En efecto, se trata de funcionarios que, si bien integrarán la administración pública, serán designados por un concurso público de antecedente y oposición (art. 24), durarán un tiempo determinado en el cargo (7 años, art. 25), y sólo podrán ser removidos por las causales expresamente previstas en el art. 26.

Es decir, contarán con la autonomía necesaria para velar, en forma independiente y sin influencias externas, por los derechos del consumidor. Estas condiciones, así como la existencia de un control judicial amplio y

suficiente -garantizado por el recurso ante la cámara federal de apelaciones que corresponda-, son indispensables para la validez de esta concesión excepcional de facultades de carácter jurisdiccional a órganos administrativos, según lo ha señalado inveteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A modo de conclusión, podemos decir que la creación de este nuevo sistema para la solución de las controversias que se generen entre consumidores o usuarios y proveedores viene a reforzar muy decididamente uno de los flancos más endebles que hasta hoy presenta el sistema tuitivo del consumidor a nivel nacional y federal. No puede soslayarse la importancia de esta constatación, pues es bien sabido que los derechos no son realmente tales si no pueden hacerse valer eficazmente en la práctica. Solo cabe hacer votos, entonces, por que este novel cuerpo normativo sirva de modelo para que también a nivel de las jurisdicciones provinciales se concrete un avance decisivo en la tutela adjetiva de los consumidores y usuarios.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 18 DE SETIEMBRE DE 2014

:

Editorial: Infojus

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.240 Art.5, Ley 24.240 Art.7, Ley 24.240 Art.8, Ley 24.240 Art.10 Bis , Ley 24.240 Art.11, Ley 24.240 Art.19, Ley 24.240 Art.37, Ley 24.240 Art.40, Ley 24.240 Art.45, Ley 24.240 Art.52, Ley 24.240 Art.53, Ley 24.240 Art.54, LEY 26.361, LEY 26.589 Art.28

Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Séptima parte. (Modelización del Derecho del consumo)

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 3 DE SETIEMBRE DE 2014

TEMA

CONSUMIDORES-RELACION DE CONSUMO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

1. La denominada estructura de consumo (1) - integrada por la red (o cadena) de provisión y el agregado social - o colectivo - de consumidores y usuarios - con participación activa del Estado, en ejercicio de su poder regulador institucional (2) y, a la vez, como prestador de servicios públicos - requiere, asimismo, de un tratamiento jurídico estructurado en una suerte de bloque normativo en que consiste, precisamente, el Derecho del consumo.

2. En tal sentido, la ley de Defensa del consumidor (LDC; n° 24.240 y mod.) establece: "las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo" (art. 3°, ley cit.).

3. El Derecho del consumo integrado, en el sentido apuntado (3), no aspira a ser, ciertamente, un derecho "especial" dentro de las denominadas "ramas" del ordenamiento jurídico sino, en definitiva, un derecho principal estructurado y, a la vez, re-orientador y estructurante de todo el proceso de producción, circulación y consumo de bienes y servicios, en una economía de mercado, con centro de referencia en el destinatario final de los mismos, el consumidor/usuario (4).

4. De la conjunción de ambos factores - la configuración estructurada en bloque, por una parte; y, por la otra, el carácter principal y la vocación re-orientadora y estructurante de la normativa consumataria indicados, se desprende que tampoco se trata de un derecho meramente "general", especificable por fuera o a contrapelo de su propio régimen integrado; por ello, cuanto haya de consumerista en las situaciones y relaciones de cada caso, habrá de encontrárselo única y exclusivamente a la luz de las disposiciones y principios del Derecho del consumo (5).

5. Ocurre que la particular configuración de esta disciplina jurídica, esbozada `suprao, permite distinguir, "topológicamente", diríamos, entre un ámbito interno y un ámbito externo a la misma, de modo tal que las situaciones y relaciones que permanezcan en territorio extraño a la estructura de consumo, no se verán afectadas por la normativa consumeril; pero, aquellas que ingresen a su ámbito interno y, con ello, sean captadas por sus reglas y principios, ya no tendrán "escapatoria", y deberán ser resueltas conforme al Derecho del consumo.

6. Asimismo, una vez ubicados en el ámbito interno consumerista, debe aplicarse siempre la norma que beneficie unilateralmente al consumidor/usuario, desplazando toda otra disposición legal que aparezca en pugna con aquélla.

7. En consecuencia, el mencionado bloque normativo consumatario permanece "inexpugnable" para las situaciones y relaciones que no encuadren en el ámbito propio del consumo; pero, resulta insoslayable para aquéllas que, directa o indirectamente, con certeza o aun en estado de duda, se subsumen en aquél.

8. Ello así ya que el constituyente del '94 se ha ocupado en diseñar un "núcleo duro normativo" ambiental-consumerista-instrumental, al introducir los arts. 41, 42 y 43 en nuestra Constitución Nacional (6) y, a su turno, la Ley de defensa del consumidor (LDC), ha coadyuvado a instituir un concepto amplio de "consumidor", a la vez que consagró, en particular, el principio "in dubio

pro consummatore" en sus arts. 1° y 3° (cit.), respectivamente (7).

9. Conforme al criterio estructural expuesto, ante un supuesto individual hay que dilucidar, primero: a) si las propiedades relevantes del caso (8) se adecuan al marco normativo consumerista (9); luego: b) cuál es el caso general (10) previsto por dicho régimen en que se subsumen la situación o la relación bajo examen (11) (o sea, el caso individual); finalmente, se debe aplicar la solución dispuesta en esa normativa para ese supuesto (12). Si se quiere, el primer tramo del procedimiento propuesto, puede considerarse una variable de calificación previa (empleado usualmente en Derecho Internacional Privado (13)) tendiente, en definitiva, a elucidar conceptualmente situaciones y relaciones jurídicas a la luz del ordenamiento *prima facie* aplicable. En estos términos, definido el caso - conforme a sus propiedades relevantes - como atinente al Derecho del consumo - conforme a sus reglas y principios - se lo incorpora a su "ámbito interno" y se aplican sus normas en la medida en que el caso individual se adecue a algún caso general previsto en este ordenamiento.

10. Con fecha 6/3/2013, en autos "González, c/Zurich Argentina s/ordinario", la CNAp. Com., Sala A (14), resolvió el caso (15) sobre estas bases: 1) un sector de jurisprudencia y doctrina niegan carácter de contrato de consumo al contrato de seguro, resultando de ello la inaplicabilidad de la LDC a dicho contrato, tanto como a entidades aseguradoras y re-aseguradoras; 2) en sentido contrario, otra corriente postula que el contrato de seguro configura una relación de consumo; 3) no obstante, aun en esta última corriente, "resultaría siempre necesaria una previa y adecuada interpretación normativa" para decidir la aplicación - o no - de la LDC al contrato de seguro; 4) la LDC completa - en tanto norma general -, pero no sustituye, el ámbito de protección del consumidor, siendo que la Ley de seguros (LS, n° 17.418) también tiene dicho carácter tutelar, aunque especialmente adaptada a su materia específica; 5) en estos términos, se resuelve desestimar la aplicación de la LDC al caso sub-examen, atento a su mentado carácter de ley general, en tanto que la LS operaría como ley especial respecto de aquella normativa; en consecuencia, se decide que ha operado la prescripción de la acción conforme al art. 58, LS (1 año), norma especial que desplaza a la norma general del art. 50, LDC (3 años), en la línea argumentativa expuesta.

El fallo en comentario merece algunas reflexiones, en línea con el espíritu general de este trabajo.

11. En efecto, en primer lugar y de acuerdo al procedimiento propiciado *supra*, ap. 8, correspondería indagar si el caso sub-lite se adecua o no, conceptualmente, al régimen tuitivo del consumidor/usuario. De la lectura del fallo surge que, en rigor, el Tribunal parece no resolver el punto, pues se limita a citar las posiciones encontradas al respecto, sin decidirse por una de ellas - o, en su caso, intentar establecer un eventual 'tertius genus'-.

Nótese que el fallo destaca que, aun en caso de aceptarse el carácter consumatario del contrato de seguro, "resultaría necesaria una previa y adecuada interpretación normativa" para decidir el punto: la utilización del tiempo condicional ("resultaría") implica una mera hipótesis (16) y no una afirmación categórica; y, sobre la base de dicha hipótesis, desarrolla luego el Tribunal su resolución final.

12. El razonamiento que surge del fallo es éste: dadas dos alternativas interpretativas que llevan a soluciones incompatibles - en nuestro caso, contradictorias, pues se trata de una afirmación y su negación, "A" y "no-A" - se contraargumenta respecto de una de ellas - en nuestro caso, "A" - aunque sin haber aceptado expresamente esa alternativa - sobre la base de una excepción o limitación a la misma; este modo de razonar ha sido considerado como un principio programático de "economía en la argumentación" (17). Ello así atento a que el Tribunal, bajo el supuesto que el contrato de seguro podría ser un contrato de consumo, excluye la aplicación de la norma sobre prescripción de la acción prevista en el régimen consumeril invocando, sin embargo, una suerte de "excepción de especialidad", de la LS respecto de la LDC.

13. Como se ve, partiendo de una mera conjetura (que el contrato de seguro sea un contrato de consumo) se arriba a la aplicación de una supuesta excepción a una norma del régimen consumerista (LDC, art. 50, cit.), contenida en la ley de Seguros (art. 58. cit.), contrariando la vigencia del principio "pro consummatore" de dicha normativa.

14. En tales términos, la argumentación del caso se presenta como un dilema (18), de momento que, cualquiera sea la alternativa a seguir ("A" o "no-A"), la solución es la misma, porque si el contrato de seguro no es un contrato de consumo ("no-A"), se aplica directamente la LS; y si lo es ("A"), entonces, por derivación (excepción o especialidad), también se aplica la LS. Intentaré demostrar que tal "dilema" es sólo aparente.

15. En efecto, de sostenerse que el contrato de seguro es un contrato de consumo (19) y que, aun el reclamo del tercero beneficiario debe regirse por el régimen tutelar consumatario en todo aquello que le proporcione mejores ventajas (20), con mayor razón deberá hacerse lo propio respecto del asegurado frente a su asegurador (21).

16. En tal sentido, cabe señalar que, si la LS también tiene carácter tuitivo, integrándose en una normativa consumerista, de ningún modo podría aplicarse una norma que perjudique, comparativamente, al consumidor/usuario (en el caso, el art. 58, ley cit.); téngase presente, a todo evento, que dicha normativa integra el plexo de los Derechos humanos (22) y, es principio consagrado en esta materia, que ninguna disposición de tal índole puede interpretarse y, menos aún, aplicarse, en detrimento del sujeto tutelado (arg.: art. 30°, D.U.D.H.; art. 29°, C.A.D.H.; art. 5°, P.I.D.E.S.C.; art. 5°, P.I.D.C.P.; art. 23°, C.E.F.D.M.; art. 41°, C.I.D.N.; art.XV, C.I.D.F.P.).

17. Encuadrado, pues, el caso en la normativa consumerista, corresponde entonces aplicar directamente la disposición legal que rige el instituto en cuestión: en el supuesto comentado `suprao, la del art. 50, LDC, por ser la más beneficiosa para el consumidor/usuario (art. 3°, LDC). No obsta a esta solución el pie de igualdad jerárquica en que se hallan la LDC y la LS, atento a que la propia norma consumeril citada dispone, expresamente, que su aplicación se impone respecto de "otras leyes generales o especiales", en tanto resulte "más favorable al consumidor o usuario" (LDC, art. 50, cit.) (23). De modo tal que el antes mencionado "dilema" lógico, no existe en este caso.

18. Por otra parte, el Derecho del consumo, como se dijo `suprao, se perfila como un régimen jurídico re-orientador, con vocación estructurante. En efecto; la posición "central" que ocupa el consumidor/usuario en la estructura de consumo, omnipresente pero, a la vez, dinámica (24) y compleja (hologramática) (25), sugiere el replanteo de la normativa que pueda afectar las situaciones y relaciones de consumo en cada sector de dicha estructura, y no solamente en el tramo final de la misma, relativo al consumidor/usuario y su proveedor inmediato.

19. A tal efecto, es posible diseñar un modelo prospectivo que tienda a re-orientar dinámicamente todo instituto jurídico que incumba al encuadre estructural del Derecho del consumo. Un "modelo prospectivo" implica la construcción de un sistema (26) conceptual (constructo) (27) que refleje (como representación o imagen) una entidad determinada (28), en constante devenir (29), en cuya virtud, el modelo adopta la forma de programa que, como tal, se orienta hacia el futuro, pero que, además, toma en cuenta las variables que, operativamente, puedan introducirse en la entidad modelizada dinámica del proceso; en esto consiste la "prospección" aludida.

20. Tal prospección comparte con la denominada "proyección", el manejo de determinados datos del pasado, debidamente interpretados, junto a hipótesis respecto de variables significativas (30) en la futura evolución de un fenómeno dado; pero, aquélla, refiriéndose, en particular, a un modelo normativo, a la par de establecer ciertas proyecciones básicas, incluye en su análisis un conjunto de objetivos coordinados con variables operativas a introducir durante el desarrollo del programa respectivo, entre ellas,

"secuencias de acciones coordinadas" (31).

21. Tales "acciones coordinadas", coadyuvan a la efectiva realización del modelo conceptual indicado, atento a que el sistema jurídico integra su ámbito de reglas y principios (en tanto sistema de normas) con el de las políticas (acciones concretas) conducentes, que se suponen adoptadas dentro del marco normativo respectivo.

22. A ese respecto, caben tres aclaraciones: a) un sistema social es susceptible de sub-divisiones, entre ellas, la que ocupa el (sub)sistema jurídico (otro -sub-sistema, p. ej., el económico) y, dentro del jurídico, el (sub-sub) sistema normativo (32); b) un "orden" jurídico-normativo, en rigor, constituye solamente una regularidad pautada (33), que no pone orden efectivo o real en nada, sino que se limita a disponer lo que debe ser (34); c) la propia normativa consumataria, en particular, prevé líneas de acción estatal, tales como las que establece el art. 42, 2° párrafo, Cons. Nac.; LDC, art. 43 y Capítulo XVI; Cons. Prov. Bs. As., arts 38; Cons. C.A.B.A., art. 46; etc. En consecuencia, un modelo estructurante ha de trascender el aspecto estrictamente normativo para incluir cursos de acción conducentes.

23. En suma, cabe señalar que, aun desde el ámbito normativo -atento al carácter motivador que suele indicarse a su respecto (35)- entiendo legítimo abrigar esperanzas acerca de la aptitud re-orientadora y estructurante asignada al Derecho del consumo, mediante un diseño adecuado y dinámico del modelo sugerido en el presente (36); esto, en la medida de su eficacia y, en particular, de su performatividad (37).

24. Por lo demás, se constata una tensión subyacente entre la adopción de modelos teóricos y prácticos alternativos, por un lado, y la subsistencia de disciplinas persistentes, por el otro. En el primer sentido, en la medida en que tales modelos alternativos resulten adecuados, creo que no deben escatimarse los esfuerzos intelectuales y pragmáticos que hagan viable su desarrollo (38). En el segundo aspecto, aun cuando el modelo propuesto tiende al saber policompetente (39), la utilidad de las disciplinas particulares subsiste en las parcelas gnoseológicas y prácticas respectivas (40).

25. Para finalizar, a mero título ilustrativo y sin perjuicio de ulteriores desarrollos, pueden señalarse algunos indicadores de efectos re-orientadores y estructurantes, a partir de institutos (variables) ya existentes en el ordenamiento jurídico. Entre otros: el resarcimiento de daños (aunque limitado al denominado "directo") en sede administrativa (LDC, art. 40 bis), función aquélla reservada, `prima facie, a órganos judiciales y arbitrales; en su caso, atribución de responsabilidad solidaria de los proveedores (LDC, art. 40); vigencia del principio de reparación integral (específicamente establecido en la LDC, art. 54, párrafo 3°); la indagación acerca de la relación fundamental derivada del negocio subyacente (causa) en materia de juicios ejecutivos (41), a pesar de la vigencia del principio de "abstracción cambiaria" respecto de los títulos de crédito (42) y el carácter "autónomo" de los mismos (43); la competencia del juez del domicilio del deudor - consumidor/usuario- en materia de contratos sobre operaciones de venta de crédito (LDC, art. 36 'in fine') (44); la composición heterogénea de saberes específicos de los árbitros de consumo, en los términos de las normativas respectivas (p. ej., art. 5°, Decr. N° 276/98, P.E.N., y art. 5°, Ley 2.963, C.A.B.A.), que apunta a la integración (inter) disciplinaria (aunque todavía no policompetente); etc.

Notas al pie:

1) CONDOMI, ALFREDO MARIO; Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -primeras aproximaciones; www.infojus.gov.ar; 20/10/2011.

2) GALBRAITH, JOHN KENNETH; La sociedad opulenta; Planeta-Agostini, 1992.

3) Se trata de la denominada "integración jurídico-normativa en sentido restringido" (CONDOMI, ALFREDO MARIO; Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte; www.infojus.gov.ar; 25/10/2013).

4) Con referencia al denominado "(sub) principio del centro dinámico de referencia", ver: CONDOMI, A. M.; Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte, cit.

- 5) Conforme a la teoría egológica del derecho, la norma constituye una anticipación del pensamiento de la conducta humana en interferencia intersubjetiva (COSSIO, CARLOS; La teoría egológica del derecho - Su Problema y sus Problemas-; Abeledo-Perrot, 1963); en tales términos, el operador jurídico ha de interpretar la conducta - objeto del conocimiento- a través de la norma - objeto del saber- (COSSIO, CARLOS; Reflexiones sobre la ley como saber y la conducta como el objeto interpretado al dictarse una sentencia; LA LEY, 15/8/1963. Véase, asimismo, de dicho autor, la extensa nota que desarrolla en La teoría egológica..., cit). A su turno, se ha dicho que "la norma contiene la captación lógica de un reparto proyectado de parte de un tercero" (GOLDSCHMIDT, WERNER; Introducción filosófica al Derecho - La teoría jurídica del mundo jurídico y sus horizontes- ; Depalma, 1987).
- 6) Esa suerte de "tandem normativo constitucional "; CONDOMI, A.M.; Primeros pasos... Segunda parte; cit.
- 7) CONDOMI, A.M.; Reflexiones generales..., cit.
- 8) ALCHOURRON CARLOS EDUARDO y BULYGIN, EUGENIO; Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales; Ed. Astrea, 1993.
- 9) En doctrina, se habla de una "determinación normativa previa", "puramente sistemática"; en esta etapa, los hechos guían al operador jurídico, ubicándolo en su "terreno normativo" (GOTTHEIL, JULIO; Common Law y Civil Law; Abeledo-Perrot, 1960.
- 10) ALCHOURRON-BULYGIN; op cit.
- 11) Las corrientes de pensamiento jurídico de inspiración egológica se refieren a "ajustar" la] "comprensión normativa dentro del campo ya determinado en normas que directamente permiten una comprensión del caso"; se trata de una "comprensión empírico-dialéctica", tendiente a la "adaptación de normas y hechos" (GOTTHEIL, J. op cit.), confirmando una interpretación de la conducta mediante la norma (ver `suprao, nota 4).
- 12) ALCHOURRON-BULYGIN; loc cit.
- 13) PARDO, ALBERTO JUAN; Derecho Internacional Privado -Parte General -; Ed. Abaco, 1976.
- 14) Ed. Microjuris.com; 8/7/2013.
- 15) Se trató del reclamo de un asegurado frente a su asegurador, tendiente a percibir las indemnizaciones derivadas del siniestro. Puede consultarse la síntesis de Ricardo A. Nissen, loc cit en nota anterior.
- 16) Del tipo: "dado A, entonces B".
- 17) CARRIO, GENARO RUBEN; Sobre un modo común de argumentar en terreno jurídico; LA LEY, t. 22.
- 18) El "dilema", en lógica, "consiste en una alternativa en donde cada uno de sus términos implica la misma conclusión" (RUSSO, EDUARDO ÁNGEL; Vocabulario lógico Cooperadora de derecho y Ciencias Sociales, 1972.
- 19) Ver el reciente fallo de la CAp Civ. y Com., Sala 3&, Mar del Plata, en autos "Amaya c/BBVA Consolidar Seguros", 3/12/2013, con una interesante aplicación de daños punitivos, en los términos del art. 52 bis, LDC.
- 20) CONDOMI, A.M.; Primeros pasos en el derecho del consumo. Tercera parte; www.infojus.gov.ar, 30/10/2013.
- 21) Recientemente, la Procuración General de la Nación, 'in re' "Consumidores Financieros c/Unión de Paris Seguros", aceptó en su dictamen la acción colectiva en los términos de los arts. 43, Cons. Nac. y 54, LDC, respecto de una cláusula predispuesta y "escondida" dentro de las condiciones generales de la póliza.
- 22) CONDOMI, A.M.; Reflexiones generales..., cit.
- 23) Téngase presente, a todo evento, que consta en el fallo comentado, como fecha de inicio del plazo de prescripción, "noviembre de 2008"; esto es, estando ya plenamente vigente el art. 50, LDC, según reforma por ley 26.361.
- 24) CONDOMI, A. M.; Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte, cit.
- 25) CONDOMI, ALFREDO MARIO; Primeros pasos en el derecho del consumo. Primera parte; www.infojus.gov.ar; 7/8//2013.
- 26) KLIMOVSKY, GREGORIO; Las desventuras del conocimiento científico; A-Z editora,
- 27) BUNGE, MARIO; Epistemología; Siglo veintiuno editores, 1997.
- 28) SCHUSTER, FÉLIX GUSTAVO, citando a Varsavsky en El método en las ciencias sociales - Una introducción a la epistemología-; Centro Editor de América Latina, 1992.
- 29) Sobre las derivaciones en el devenir jurídico, puede consultarse:

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; La norma jurídica: derivaciones; Doctrina Judicial, 25/11/1998.

30) La "proyección" implica una prolongación de tendencias estadísticamente observables que incluye variables "calculadas" en el desarrollo proyectado (DECOUFLÉ, ANDRÉ-CLÉMENT; La prospectiva; oikos-tau, s.a.-ediciones; 1974).

31) DECOUFLÉ, A-C; op cit. "Proyectar" implica calcular, en tanto que la "prospectiva" admite la manipulación de variables tendientes a la obtención de los objetivos del caso (respecto del devenir normativo jurídico, ver: CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; El concepto normativo del derecho y la teoría de la complejidad; LA LEY - Supl. Actualidad -, 17/04/1997).

32) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; Jurística - Ingreso a la epistemología jurídica - ; inédito, donde se recuerda a BUNGE (op cit), quien representa al sistema jurídico por tres conjuntos: su composición, su medio o ambiente y su estructura.

33) El maestro ególogo, Carlos COSSIO (op cit), sostiene que la norma jurídica -siendo un pensamiento - constituye la regulación de una conducta, en tanto que el derecho es, en términos ontológicos, conducta regulada.

34) CONDOMÍ, A. M.; Jurística..., cit.

35) VERNENGO, ROBERTO JOSÉ; Curso de teoría general del derecho; Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

36) A fin de cuentas, se ha señalado que "la historia muestra una constante interacción entre hechos e ideas: éstas tienden a producir hechos, pero los nuevos hechos modifican las ideas preexistentes, y así en lo sucesivo" (GUIBOURG RICARDO A. GHIGLIANI, ALEJANDRO M. y GUARINONI, RICARDO V.; Introducción al conocimiento jurídico. Apéndice: la ciencia; Editorial Astrea, 1984).

37) Es decir, del cumplimiento de las normas, y de la obtención de los fines propuestos, respectivamente. Ver: CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; La norma jurídica..., cit.

38) Salvando las distancias, la historia del pensamiento provee de ejemplos en tal sentido; el desarrollo de nuevas matemáticas que justifiquen innovaciones en el pensamiento de la física - Newton con la teoría de la gravitación universal y el cálculo infinitesimal, p. ej.-.

39) ALFREDO MARIO; Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte, cit.

40) Así, la clásica geometría desarrollada por Euclides mantiene su vigencia respecto de regiones reducidas del espacio, a pesar de la existencia y eficacia de otras geometrías no euclidianas - en particular la de Riemann - (KLIMOVSKY, G.; op cit.)

41) "Auto-convocatoria a Plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios. " CNCom., en pleno, - 29/06/11)

42) Código de Comercio Comentado, bajo la dirección del Dr. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ MADRID; Ediciones Contabilidad Moderna, Tomo 3, 1980.

43) LEGÓN, FERNANDO A.; Títulos de crédito; en "Elementos de Derecho comercial", Editorial Astrea, 1987.

44) Cám. C y C II, sala 2&, La Plata, 'in re' Doalessandro c/Zanetti s/cobro ejecutivo", 1/10/2013.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 3 DE SETIEMBRE DE 2014

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.41 al 43, LEY 17.418, LEY 17.418 Art.58, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.50, Constitución de la Provincia de Buenos Aires Art.38, CONSTITUCION DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.46, LEY 2963

La justicia y el fuero del consumidor. Comentarios.

Fundamentos

BASSANO, OSVALDO HÉCTOR

Publicación: www.infojus.gov.ar, 22 DE AGOSTO DE 2014

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

I.- INTRODUCCION:

A.- El siglo XXI ha signado a la humanidad en grandes cambios sociales-políticos y económicos, que no se están significando ni interpretando en los días que transcurren y que solo se vislumbrará a través del tiempo.

El trayecto de los derechos individuales, pasando por los sociales y llegando a los Derechos Humanos y de tercera generación, son en si la pura historia de la evolución humana y sus relaciones de convivencia.

Esta dirección se inscribe en los propios factores de poder que fueron convencionando a las sociedades en su interrelación y a quienes lo otorgaban hasta quienes lo padecen o pueden disfrutar.

El desenlace del último tiempo hacia la plena defensa de los Derechos Humanos y con ellos a los Derechos del Consumidor, no hacen más que demostrar palmariamente la crisis que en los últimos tiempos ha devengado el poder y libertad de mercado, la necesidad de su morigeración y control a los efectos de evitar los perjuicios que han ocasionado a la humanidad.

La libertad de mercado sin control como única forma política y económica de existencia de una sociedad organizada, permitió el crecimiento desmedido de grupos económicos y corporativos que a la zaga de su voracidad y codicia de dominio, fueron hasta neutralizando y dominando a los mismos Estados, conculcando los mismos derechos de las Naciones en su beneficio.

B.- El final es una crisis que lleva décadas y millones de víctimas, con Estados que no han sabido entender el verdadero destino de la humanidad que no es precisamente la existencia de unos pocos sobre la convivencia de las mayorías (reeditando la historia de 1984 de George Orwell, con "El Gran Hermano" vigilando a todo el mundo), ha comenzado a fortalecer conceptos de defensa de las sociedades y el Derecho del Consumidor ha nacido con ese destino.

Para determinar el alcance del Derecho del Consumidor no solo es la "faz patrimonial de la protección, en la lucha valedera pero no suficiente por la integridad y la "no profanación del bolsillo", relativa a consumos vinculados a una clase (primer mito) o a determinados hábitos de consumo diario (segundo mito), que reducen la problemática a una lógica simplista, y que tiende a minimizarla como rama del derecho". "El derecho del consumidor es sin duda, un vehículo social de protección general, vinculado a derechos elementales de la persona humana, encuadrados dentro del marco de lo que llamamos "derechos humanos". (Agustín Gordillo "Derechos Humanos y del Consumidor", Capítulo II-IX 12).

"...los derechos humanos, como categoría ética, cultural e histórica -es decir, prenormativa-, no constituye una concepción cerrada y acabada de la que puedan beber los ordenamientos positivos, sino un concepto abierto a distintas concepciones y desarrollos y, en consecuencia, no existe una formulación canónica, ni una forma exclusiva de respetar las exigencias que derivan de tales derechos. Tampoco es posible emprender la tarea de comprensión desde un punto de vista externo a la historia". (MANILI, PABLO, "La difícil tarea de elaborar un concepto de los Derechos Humanos" Revista Jurídica de la UCES, Año

1 Nro. 1, 1999).

Es decir que estamos frente a un Derecho vital que representa la necesidad misma de la existencia humana en su desarrollo pleno y asimismo con la evidente necesidad de su absoluta defensa.

Las sociedades modernas para una mejor convivencia y canalización de sus conflictos, no deben ver estructuras económicas, sociales o políticas de dominación, sino el pleno ejercicio de la visualización del otro. Sin adentrarnos en áridos y extensos conceptos filosóficos, la "otredad" representa claramente ver la existencia del otro su convivencia y su necesidad de validación. En este punto a transcurrido la historia de la humanidad que trato de proteger al individuo, independiente de la existencia del otro. El verdadero ejercicio de convivencia es la aceptación de la existencia del otro sus circunstancias y con ello sus derechos. En la convivencia esta temática nos lleva a pensar la necesidad de la defensa cuando estructuras de poder no respetan ni validan estos derechos, por ello la evidente necesidad de su defensa en todos los campos necesarios, generando por fin la mejor convivencia que ameritan.

Al manifestar que estamos frente a un Derecho Humano, ampliando su concepto a la plena existencia del Ser Humano, nos adentramos en la necesidad que su estructuración jurídica como tal sea acorde a los tiempos que corren. Pero además, implementar un defensa plena que haga que los mismos representen su pleno ejercicio y no se vean acotados y cercenados por momentáneas o inconsistentes estructuras, es un desafío que lleva insito un cambio necesario en la visión que el derecho venía desarrollando.

C.- En 1.983 el Secretario General presenta el proyecto de Directrices ante el Consejo y luego de largas negociaciones es aprobado el documento definitivo por la Asamblea General de la ONU el 9 de abril de 1.985 (Resolución N° 39/248).

Las directrices que establece la Resolución 39/248 en su artículo 2, son las siguientes:

- A) La protección de los consumidores contra los riesgos para su salud y 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 decisiones informadas de acuerdo a los deseos y necesidades;
- D) La educación del consumidor;
- E) Disponibilidad de compensación efectiva al consumidor;
- F) Libertad para formar consumidores y otros grupos u organizaciones, y la oportunidad de esas organizaciones a presentar sus puntos de vista en los procesos de toma de decisiones que les afectan.

Posteriormente nuestra ley 24240 en el año 1993, toma estos principios y a pesar de la accidentada sanción, por los vetos del Poder Ejecutivo de entonces, logra su aparición, que es completada por la sanción de la Constitución de 1994.

El artículo 42 de la Constitución Nacional, quedó redactado en estos términos: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en relación al consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; 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. 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".

Dando un marco normativo necesario para este derecho, que se complementa con el artículo 41 y 43 de la Constitución Nacional.

Así el artículo 41 de la CN, estableció claramente: "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 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 las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

El artículo 43 de la CN. dice: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio 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 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. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser impuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

Es decir que no se queda con el mero contrato individual entre partes, sino que se amplía, potenciando lo que en realidad existe que es la relación de consumo.

II.- CANALIZAR LOS RECLAMOS DEL LOS CONSUMIDORES.

A.- La estructura jurídica tuvo un notable avance con la sanción de la modificatoria de la ley 24240 en el año 2008 y que representó un avance en la Defensa de los Derechos de los Consumidores.

Pero este avance necesita de su efectiva aplicación, para que la moderna normativa no quede en letra muerta. Es de suyo que el comienzo de la Defensa del Derecho del Consumidor, se realizó a través de la aplicación administrativa, es decir su defensa realizada por el Poder Ejecutivo del Estado, generó la igualación en algunas instancias, del consumidor a administrado. Con el tiempo, la rapidez de las transacciones en la materia y la necesidad de mejorar las políticas a implementar para los consumidores, esta forma de defensa, significó un colapso y un retardo en la aplicación de derechos.

Este constante cambio no ha sido acompañado por el poder del Estado que se encuentra facultado para a resolución de conflictos. El Poder Judicial, ha quedado anquilosado, con normas que lentifican el proceso, estructuras que no se encuentran acordes a los tiempos y con resoluciones que comienzan a evitar los notables avances del derecho.

El progreso de las sociedades, debe ser acompañado con el avance de sus

instituciones. Su estancamiento genera detención de los cambios y la historia muestra los graves perjuicios, generando severos conflictos sociales.

B.- Desde hace tiempo se discute sobre la Democratización del Poder Judicial, su aplicación a los evidentes progresos sociales, tecnológicos, económicos y políticos. La mejor implementación de los procesos y asimismo la solución de conflictos que han quedado fuera de su alcance como Poder del Estado. Esto ocurre por los montos de los reclamos, los engorrosos procedimientos, o las sentencias que en muchos casos no han comprendido el avance de las relaciones sociales.

A ello se le debe agregar los nuevos conceptos de conflicto, sus nuevas formas de resolverlos y la evolución y rapidez de las relaciones interpersonales.

Ello amerita un cambio estructural del Poder Judicial y además, la creación de procedimientos que puedan responder a las necesidades de los desequilibrios de poder y a todos los reclamos de la sociedad y no solo los que tengan trascendencia o valor monetario. Esto es lo que en una democracia se denomina incluir, que la justicia sea accesible a todos y que sus reclamos puedan ser resueltos. Asimismo, que la resolución y facilidad del acceso sea acompañada con la rapidez que amerita el reclamo que se impetra.

A esto se debe propender, para una justicia más ágil, acorde a los tiempos y que pueda receptar los reclamos y la efectiva aplicación de los derechos.

Luego de la sanción de la modificación de la ley 24240, es necesario, además, la implementación de su ejercicio y la efectiva aplicación de los derechos que establece. Esto debe ser realizado por procesos eficaces, justos, rápidos y que den una cabal respuesta a la implementación de los Derechos del Consumidor que representan un cambio en todas las relaciones humanas.

Para ello es menester crear sistemas, organismos y procedimientos capaces de mejorar la resolución de conflictos y además que protejan el desbalance de poder incito en la relación de consumo.

C.- Así llegamos a la creación de Juzgados que entiendan en Derecho del Consumidor, con una justicia actuada, oral y efectiva.

Los distintos proyectos en danza ameritan su estudio, pero representan plenamente la necesidad de dar un salto en la valoración de las relaciones humanas, dando herramientas efectivas que puedan canalizar los conflictos, dando de esta forma respuesta inmediata al consumidor, a su desbalance de poder y asimismo a demostrar que la repetición de la violación de los derechos del consumidor son efectivamente sancionados y reparados como tales.

Desde hace varios años venimos solicitando la creación del Fuero de Derecho del consumidor en la Justicia, su necesidad amerita los tiempos que corren y además la agilidad que necesitan las personas para su mejor convivencia.

Se presentaron proyectos en la Provincia de Buenos Aires y la Nación. Por ello celebramos el proyecto del Poder Ejecutivo como superador y con el agregado de Instituciones y elementos que mejoran la relación de consumo misma y estabilizan la desigualdad a que es sometido el consumidor.

Agregar a esta estructura jurídica Medios de Resolución de Conflicto, demuestran el ingreso a la mejor canalización de los conflictos que se susciten en la Relación de Consumo.

Pero esto irroga asimismo la necesidad de comprender que estamos ante la aplicación de normas de orden público que deben ser evaluadas en una Conciliación más que en una medicación.

Asimismo la inclusión de los Auditores en las relaciones de consumo, permiten que el Estado a través del poder administrador aplique las normas y las multas, y resuelva el conflicto si el consumidor optara por este extremo.

Toda esta estructura amerita una reflexión, la necesaria aplicación de la equiparación que el desbalance donde se encuentra el consumidor en la relación. Es por ello que con estos nuevos elementos, uniéndolos a la rapidez y las multas a que puede acceder el consumidor puedan disuadir a los proveedores de bienes y servicios a evitar la realización de actos en contra de los derechos y garantías de raigambre constitucional que bien describe y enumera el art. 42 de nuestra constitución.

El paquete se completa con el Observatorio de Precios y disponibilidad de insumos de bienes y servicios que permite la efectiva aplicación del derecho a la información y la evitación de los abusos que diariamente son objeto los consumidores en un mercado voraz sin Responsabilidad Social Empresaria, efectivamente aplicada.

Por fin la modificación de la ley de abastecimiento y el pague y luego reclame, permitirá que las multas no queden en enmarañadas apelaciones burocráticas que terminan en no solucionar los problemas de competencia y la misa voracidad del mercado en contra del patrimonio del consumidor. Lugar menos explorado y discutido dado que el concepto mercado se sobrepone a cualquier fundamento que implique desconocer su influencia directa en la macro y microeconomía, vulnerando los básicos principios de los derechos humanos como el derecho del consumidor.

Por fin, el proyecto de modificación de la ley de abastecimiento, pone en marcha una herramienta jurídica que estaba cercenada por varios decretos modificatorios y que le habían quitado la fuerza indispensable para formalizar las acciones contra la competencia imperfecta, contra el acaparamiento y desabastecimiento, que padecen los consumidores y que agraden sus derechos.

Notas al pie:

1) Dr. Osvaldo Héctor Bassano, Presidente de ADDUC

bassano@calz.org.ar

(011) 4241-2949

(011) 15-4429-8390

Director del Instituto de Derecho del Consumidor del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora.

Abogado, Árbitro de Consumo, Mediador, Conciliador.

Titular de Cátedra de "Defensa del Consumidor" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este-La Plata

2) Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores (ADDUC)

www.adduc.org.ar

29 de Septiembre 1960, 1º piso, "46" Lanús - TEL. 4241-2949

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 22 DE AGOSTO DE 2014

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.41, Constitución Nacional Art.42, Constitución Nacional Art.43, Ley 24.240

Consumismo, un atributo de la sociedad.

MURAS, DANIELA | ARGGERI, GASTÓN M.M.

Publicación: www.infojus.gov.ar, 11 DE AGOSTO DE 2014

TEMA

RELACION DE CONSUMO-DEFENSA DEL CONSUMIDOR-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-METODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS

TEXTO

INTRODUCCIÓN.

Entre la multiplicidad de aspectos que comprenden la vida cotidiana de los ciudadanos, se destacan sus derechos como consumidores. Sin dejar de ser una actividad natural e inherente al hombre, el acto de consumo ha mutado en sus formas a lo largo del tiempo sin perder su fin último: satisfacer una necesidad. La noción de necesidad también se ha ido transformando, a la par de la de consumo. El consumidor es destinatario final de bienes y servicios, ya que los adquiere con el propósito de no volver a introducirlos nuevamente en el mercado. Así, se establece como el último eslabón de la cadena de producción-distribución- comercialización.

Relatos históricos, informes etnográficos y la misma cotidianeidad nos indican que el consumo constituye una parte fundamental del estilo de vida contemporáneo. Hoy en día, consumir es una actividad que ha penetrado de manera radical en el ciudadano, hasta el punto que a veces la realiza inconscientemente. Así, el consumo ha adquirido nuevas dimensiones, desde satisfacer una necesidad concreta hasta cumplir un deseo (4).

El derecho del consumidor nace del reconocimiento de la necesidad de restablecer el marco de equilibrio en una relación de consumo estructuralmente desfavorable al consumidor y favorable al productor (5).

El artículo 42 de la Constitución Nacional (6) constituye un verdadero estatuto de derechos y obligaciones que se complementa con la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, sus modificatorias y demás normativas provinciales dando solución a la problemática que plantea el consumo actual.

En la actualidad, estamos siendo testigos de un nuevo cambio en la legislación nacional ya que, con el objetivo de profundizar la protección de los consumidores y usuarios, el Poder Ejecutivo ha elevado al Congreso, el 4 de agosto de 2014, tres proyectos de ley que darán paso, de ser aprobados, a una nueva regulación en las relaciones de producción y consumo.

A lo largo de este artículo nos proponemos repasar brevemente la historia de las relaciones de consumo y la evolución de la defensa del consumidor, analizando la magnitud que ha tomado este nuevo actor social y la protección que buscan brindarle los mencionados proyectos de ley.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FIGURA DEL CONSUMIDOR. DE UNA SOCIEDAD DE PRODUCTORES A UNA DE CONSUMIDORES.

A partir de un análisis histórico de la noción de consumo pueden destacarse distintos momentos. En el modelo de mercado altamente competitivo del siglo XIX, en el que se desarrolló el derecho contractual moderno, no se consideraba que el hombre común y el consumidor estuvieran en desventaja respecto del productor sino que sus intereses quedaban completamente protegidos por la naturaleza misma del sistema, como así también por leyes antimonopolio y otras que exigían estándares de calidad que paulatinamente surgieron para beneficiar al consumidor (7).

El gran impacto de la Primera y Segunda Guerra Mundial y la depresión económica de la década del treinta provocó la decadencia de la actividad de consumo. En este contexto, los consumidores se contentaban con comprar cuanto les ofrecían las empresas.

Posteriormente, la combinación de un incipiente poder adquisitivo de la población, una demanda insaciable de bienes y servicios y un mercado cada vez más complejo y diversificado donde los oferentes sólo pensaban en maximizar sus beneficios a cualquier costo, fueron el punto explosivo que dio origen a abusos nunca antes vistos (8).

En definitiva, la realidad social y económica empezaba a cambiar. La circulación masiva de bienes y servicios hicieron del consumo una actividad cotidiana que exigía rapidez, en la cual la oferta era lanzada simultáneamente a un número indeterminado de posibles consumidores.

Si bien siempre existió el mercado y, consecuentemente, los consumidores, la necesidad de brindarles protección especial se tornó imperativa en el ámbito de una sociedad de consumo y un mercado complejo. Combinación que sólo se dio en el mundo una vez que empezaron a advertirse los frutos de la etapa de reconstrucción de posguerra (9).

La nuestra es una "comunidad de consumidores" en el mismo sentido en que la sociedad de nuestros abuelos merecía el nombre de "sociedad de productores" (10). Aunque la humanidad venga produciendo desde la lejana prehistoria y vaya a hacerlo siempre, la razón para llamar "comunidad de productores" a la primera forma de la sociedad moderna se basa en el hecho de que sus miembros se dedicaron principalmente a la producción; el modo como la sociedad formaba a sus integrantes estaba determinado por la necesidad de desempeñar el papel de productores y la norma impuesta a sus miembros era la de adquirir la capacidad y la voluntad de producir (11). La sociedad humana, en su etapa presente de modernidad tardía, impone a sus miembros la obligación de ser consumidores. (12) La forma en que esta sociedad moldea a sus integrantes está regida, ante todo y en primer lugar, por la necesidad de desempeñar ese papel (13).

La diferencia reside en el énfasis que se ponga en cada sociedad; ese cambio de énfasis marca una enorme diferencia casi en todos los aspectos de esa sociedad, en su cultura y en el destino individual de cada uno de sus miembros. Las diferencias son tan profundas y universales que justifican plenamente el referirse a la sociedad actual como una comunidad totalmente diferente de la anterior: una sociedad de consumo (14).

Por eso, cuando decimos que nuestra sociedad es una sociedad de consumo, debemos considerar algo más que el hecho trivial, común y poco diferenciador de que todos consumimos (15).

El paso de aquella sociedad de productores a la actual sociedad de consumo significó múltiples y profundos cambios, siendo el principal, el modo cómo se prepara y educa a la gente para satisfacer las condiciones impuestas por su identidad social (16).

EL MONOPOLIO, PRINCIPAL FACTOR DE UNA RELACIÓN DESIGUAL DE CONSUMO.

La concentración económica es una de las expresiones más acabadas de los desequilibrios y distorsiones en el mercado, que se manifiestan en la presencia y actuación de organizaciones monopólicas y oligopólicas.

La gran empresa controla por se sus precios y sus productos debido a que dispone del poder que tiene el vendedor único o un grupo reducido de vendedores o porque cuenta a su favor con las características de sus productos o servicios, dado que ésta es una defensa que la protege de la potencial competencia que se le puede disputar en el mercado (17).

En consecuencia, las llaves maestras del mercado se encuentran en poder de las grandes empresas, habitualmente denominadas líderes, generando como su contracara la creciente indefensión del consumidor. En otros términos, la presencia siempre agresiva de las corporaciones domina sin sutilezas al mercado, controlando férreamente la oferta, imponiendo los precios y sojuzgándonos a nosotros -consumidores y usuarios- con una estructura funcional monopólica o de formas semejantes (18).

Cuando la gran empresa se ha vuelto monopólica u oligopólica y genera condiciones de inseguridad y desprotección al ciudadano común, los consumidores necesitan que el Estado intervenga en su nombre. Podríamos decir que el derecho comercial, ámbito donde se dan las relaciones de consumo, se desarrolla de cara al proveedor y de espaldas al consumidor (19).

Está en juego, ante todo, el derecho de acceso mismo al consumo y por ello es preciso remover los obstáculos que impiden la obtención de bienes y servicios indispensables para el desenvolvimiento de una vida digna.

El derecho del consumidor significa un reaseguro de la libre competencia en el mercado, al que le da transparencia y posibilita el ejercicio de la libertad económica. Esta libertad es ejercida en función de una finalidad: la libre elección de los productos por parte del consumidor (20).

La participación implica que los ciudadanos intervengan estrechamente en los procesos económicos, sociales y culturales que los afectan. Lo importante es

que se disponga de un acceso constante a la adopción de decisiones y al poder concentrado por las empresas líderes. La participación es, en este sentido, un elemento esencial del desarrollo humano.

Como sostuvimos antes con relación a los derechos del consumidor, la libre competencia beneficia también a los buenos empresarios, posibilitando que en el mercado exista mayor competitividad y libertad para todos los que actúan en él. El consumidor no puede ser tratado en forma arbitraria, sino que debe serlo de manera equitativa, con dignidad y ecuanimidad en la relación de consumo (21).

En este sentido, creemos que los proyectos de ley presentados por el Poder Ejecutivo buscan afirmar los principios de libre competencia, de celeridad y economía procesal, protegiendo de esta manera a los consumidores y usuarios de la actividad monopólica.

LA DESIGUALDAD EN LA RELACIÓN DE CONSUMO: LA VULNERABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA PROTECCIÓN.

En la médula del concepto de consumidor está la idea de debilidad de una de las partes: debilidad por falta de conocimientos técnicos, de información veraz o de opciones, la circulación de productos defectuosos y la difusión de mensajes engañosos o erróneos y la desigualdad por la imposibilidad de negociar.(22) A estas cuestiones se le suma la problemática del difícil acceso a la justicia para disipar eventuales conflictos. Las personas con mayor poder adquisitivo tienen mayores defensas y les resulta más fácil acceder a la misma. Por ello, defender los derechos del consumidor implica una real defensa de los más débiles y favorece la existencia de una sociedad de iguales(23).

Los consumidores no poseen conocimientos específicos referidos al bien o servicio y, por ello, pueden ser particularmente explotados. En efecto, los consumidores realizan un acto de confianza máxima (24) al firmar contratos con cláusulas sorpresivas, abusivas, contrayendo obligaciones engañados por lo que la propaganda sugiere, asumiendo obligaciones determinables conforme a complejos cálculos económicos completamente desconocidos y padeciendo una falta de experiencia que los debilita y que es aprovechada por otros (25). El prototipo de consumidor es la persona que individualmente no está en condiciones de hacer valer sus justas exigencias sobre los productos y servicios que adquiere y que carece de los medios necesarios para enfrentarse con las empresas con las que contrata (26).

La intervención del Estado se justifica desde que se produce un aprovechamiento, un abuso o un exceso entre los celebrantes del acto de consumo, pues un contrato desequilibrado e injusto origina perjuicios para la sociedad y el mercado (27). Es tal la desproporción entre los medios de los que dispone el consumidor normal y aquellos que poseen las empresas, que no tienen ninguna posibilidad efectiva de hacer valer sus derechos y defender sus legítimos intereses (28).

El proyecto de ley que plantea un nuevo sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo (29), establece la creación del COPREC (30), instancia que tendrá una intervención previa y obligatoria al reclamo ante la Auditoría en las Relaciones de Consumo o, en su caso, a la demanda ante la Justicia Federal y Nacional en las Relaciones de Consumo, de conformidad a lo que se establece en dicho proyecto.

El procedimiento ante el COPREC será gratuito para el consumidor o usuario, pudiendo contar con la asistencia de representantes legales de una asociación de consumidores y usuarios en los términos del artículo 56 de la Ley N° 24.240 y sus modificatorias, del Ministerio Público de la Defensa o de otros organismos estatales de defensa del consumidor o de servicios de patrocinio jurídico gratuito públicos o privados.

Asimismo, la Secretaría de Comercio dispondrá de un servicio de patrocinio jurídico gratuito destinado a asistir a los consumidores o usuarios que lo soliciten y cumplan con los requisitos que se establezcan reglamentariamente.

Este proyecto de ley, prevé distintas disposiciones tendientes a equilibrar la relación desigual que media entre el consumidor y el proveedor. Se destacan, principalmente, las destinadas a acelerar el proceso de manera de brindar una solución ágil y efectiva al consumidor. Entre ellas, pueden mencionarse la creación de una instancia ágil de conciliación previa (31), la reducción de los plazos procesales ordinarios (32) y de la duración total del proceso ante la Justicia Federal y Nacional de las Relaciones de Consumo.

También aportan al desarrollo expedito del proceso las notificaciones vía correo electrónico (33), la posibilidad de un acuerdo entre partes (34), la inadmisibilidad de ciertos medios de producción de prueba (35) que irrogan tiempos excesivos y el pronunciamiento de la sentencia definitiva en el mismo acto de audiencia.

Por otra parte, el proyecto otorga ciertas ventajas a favor del consumidor con el objeto de compensar su posición de debilidad, tales como: la ausencia de consecuencias en caso de que no se presente a la conciliación, pudiendo iniciar un nuevo trámite por la misma causa; en caso de incomparecencia injustificada del proveedor (36), se destina al consumidor o usuario la tercera parte de la multa percibida; la inapelabilidad de la sentencia favorable que ordene el pago de sumas de dinero hasta un monto equivalente a cinco Salarios Mínimos, Vitales y Móviles (37); y el principio de gratuidad que rige el proceso (38). Todas estas disposiciones se articulan sobre los principios procesales expresamente indicados en el artículo 52 del mencionado proyecto: celeridad, intermediación, economía procesal, oralidad, gratuidad y protección para el consumidor o usuario, de conformidad con lo establecido por el artículo 42 de la Constitución Nacional y por la Ley N° 24.240 y sus modificatorias.

LA IMPORTANCIA DE LA FIGURA DEL CONSUMIDOR HOY: UN NUEVO ACTOR SOCIAL.

En un contexto globalizado, pautado por los avances tecnológicos, el capitalismo y la apertura de nuevos horizontes comerciales disponibles a través de internet, emergen múltiples vínculos comerciales y, con ellos, nuevas formas de consumo y consumidores. Éstas modifican los modos tradicionales, proponiendo nuevas reglas y pautas que, de no ser reguladas, ponen en riesgo los derechos del consumidor. La publicidad y el marketing se suman, creando no sólo nuevas necesidades sino los medios para satisfacerlas. Así, el individuo sirve a este nuevo sistema consumiendo.

El pasaje de una sociedad de productores a una de consumidores resulta del proceso de emancipación gradual de los individuos de sus condiciones originales de no opción, de los escenarios guionados y las rutinas obligatorias, de los vínculos preordenados, prescritos y no negociables. En resumen, ese devenir es presentado como un salto más, quizás el definitivo, de un mundo de restricciones y falta de libertad a uno de autonomía y dominio de sí mismo. La mayoría de las veces se afirma que ese pasaje representa el triunfo final del derecho a la autoafirmación (39). La problemática jurídica de la protección del consumidor se centra en la noción de la libertad contractual y, en este ámbito, el Estado interviene no con el objeto de resguardar un interés público sino privado.

Hoy, la capacidad como consumidor es la que define principalmente el status de ciudadano; esta actividad y no la del productor es la que proporciona el vínculo necesario entre los individuos y la sociedad en su conjunto. (40) Por eso, en este nuevo escenario, es prioritario reenfocar la interacción entre derechos y obligaciones. En la sociedad actual, entonces, el consumidor se consagra como un nuevo actor social en sí mismo: no se constituye en el acto de consumir sino que nace como consumidor. Los miembros de la sociedad son consumidores de jure. (41) La idea de identificarlos como un grupo diferenciado y brindarles protección especial adquiere total importancia. (42) Éste es el punto de partida de la cadena de consumo y, por ello, devino urgente que el Estado actúe protegiendo sus derechos. El derecho del consumidor surge como una suerte de "estatuto" personal del mismo, planteando que el objeto y razón de ser de esta disciplina jurídica es su protección. En este sentido, el rol a ser desempeñado por el Estado resulta esencial para lograr tal finalidad.

EL ROL DEL ESTADO EN LA SOCIEDAD DE CONSUMO.

La sociedad de consumo es también la sociedad de aprendizaje del consumo, de adiestramiento social de consumo, es decir, un modo nuevo y específico de socialización, relacionado con la aparición de nuevas fuerzas productivas. Es en esta coyuntura donde resulta menester la contención estatal (43).

Las directrices para la protección del consumidor constituyen un conjunto internacionalmente reconocido (44) de objetivos básicos, preparados especialmente para ser utilizados por los gobiernos de los países en desarrollo y los de reciente independencia para la estructuración y fortalecimiento de sus políticas y leyes de protección del consumidor.

Centran su atención en los intereses y necesidades de los consumidores, reconociendo que éstos afrontan a menudo, con relación a los empresarios, desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación. (45)

Debemos decir que el derecho del consumidor busca elevar al consumidor, para encontrar la necesaria nivelación en la relación, a fin de que ambas partes se encuentren realmente en igualdad de condiciones (46).

El derecho del consumidor viene a resolver la situación de desventaja en la que se encuentra el ciudadano y cuenta con herramientas eficaces y poderosas que permiten un encuadre legal acorde a esta nueva realidad. El legislador procuró que así sea, la doctrina se encargó de llevarlo por ese camino y la jurisprudencia fue afirmando esos pasos. De este modo, se regula esta actividad que es uno de los motores fundamentales de nuestro sistema económico y que fue, hasta hoy, paradójicamente, postergada durante décadas.

La enorme importancia que implica tener una vía de acceso a la Justicia está dada porque ningún sistema de protección del consumidor es efectivo si no se establece uno de compensación de su derecho que funcione eficazmente. Visto desde la perspectiva del consumidor, los esquemas de compensación son importantes por tres razones: en primer lugar, porque aseguran la justicia individual, que hace a la reparación del daño o a la efectiva satisfacción de sus necesidades, asegurando así que los consumidores hagan valer en la práctica sus derechos. En segundo término, son importantes porque movilizan al consumidor individual, incorporando en el ciudadano una noción que muchos no tienen, porque no conocen sus derechos en el mercado. Esta concientización hace que los consumidores comprendan que tienen un rol activo en la prosecución de los casos en que se han violado sus derechos en la relación de consumo. Por último, son importantes porque un sistema de compensación efectivo, es decir, rápido, justo, económico y accesible funciona como una forma de corregir los defectos del mercado, ya que tanto las organizaciones de consumidores como las autoridades pueden usar las quejas de los consumidores como un medio para obtener información sobre el comportamiento del mercado (47).

El derecho del consumidor, por su propia naturaleza y mandato constitucional, requiere mecanismos y procedimientos que cubran las situaciones que se producen y que a veces no encuentran solución en los sistemas tradicionales. Éstos, a su vez, tienen que cumplir con el requisito de eficacia, que implica la posibilidad de obtener una respuesta del sistema a sus reclamos en tiempo, modo y condiciones de acceso que no desnaturalicen la protección de los derechos. (48)

De esta manera, el Estado debe asumir un rol de contralor que permita que las nuevas normas de competencia, además de consolidar una economía eficiente, no atenten contra el acceso a la satisfacción de necesidades de los argentinos. Por ello, los derechos del consumidor pertenecen al ámbito interdisciplinario, no solamente en el interior del discurso jurídico en el que cooperan el derecho civil, el comercial, el procesal, etcétera, sino con respecto a otras ciencias sociales, como la psicología individual y social, la sociología y otras que se observan claramente con respecto a la economía (49).

UN NUEVO AVANCE EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR. LA CREACIÓN DE SU PROPIO FUERO.

El tipo de conflictos que pueden llegar a suscitarse y su especial relación con la satisfacción de elementales necesidades humanas hacen imprescindible la existencia de un sistema rápido, eficaz, económico y garantista para la instrumentación procesal de la defensa de estos derechos (50).

Los mencionados proyectos buscan establecer un nuevo sistema para la prevención y solución de conflictos; esto es, mecanismos que establezcan nuevos modos para lograr una efectiva satisfacción de las necesidades de los consumidores, diferentes a los establecidos por las vías judiciales ya existentes, generalmente onerosas y lentas, en el que se ven perjudicados sus derechos. Este nuevo sistema prevé la implementación de una instancia de conciliación (COPREC), una etapa administrativa (Auditoría en las Relaciones de Consumo) y la creación de un nuevo fuero especializado en la materia (Justicia Federal y Nacional en las Relaciones de Consumo).

Para garantizar un cumplimiento eficaz de los derechos de los consumidores y usuarios, los juzgados especializados en la materia deben contar con herramientas y mecanismos eficaces de acción. Una justicia competente, comprensiva del desamparo de la comunidad y atenta a la posición dominante de

los grandes grupos económicos es vital para comenzar a delinear un verdadero "Sistema de Defensa del Consumidor". La tendencia mundial hoy en día apunta a consagrar el derecho de los consumidores y usuarios mediante la creación del "Fuero del Consumidor", contando con una base legal, con principios ya consagrados y con el apoyo de una justicia pionera en la temática.

Notas al pie:

- 1) Se agradece la colaboración de Francisca Baur Noblía y Cristian Perkovic.
- 2) Abogado (UNMDP). Especialista en Mediación. Diplomando en Derecho de Salud Mental. Asesor en Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- 3) Abogada (UBA). Ex becaria de la Universidad de Alcalá (UAH). Docente (UBA). Asesora en Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- 4) Bauman, Zygmunt. "Vida de consumo". Fondo de cultura económica, 2008. Pág. 71.
- 5) Convención Nacional Constituyente 31° Reunión- 3° Sesión Ordinaria, 16 de agosto de 1994. Irigoyen. Pág. 4170.-
- 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 de 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."
- 7) Macpherson, C.B., Ascenso y caída de la justicia económica, del libro Ascenso y caída de la justicia económica y otros ensayos, ed. Manantial, Buenos Aires, 1991 (ed. original en inglés, The Rise and Fall of Economic Justice and Other Essays, Oxford University Press, 1985).
- 9) La defensa de los Derechos del Consumidor desde una perspectiva internacional. Sistema de Universidad Abierta. Facultad de Derecho. UNAM.
- 10) Bauman, Zygmunt. Trabajo, consumismo y nuevos pobres. Ed. Gedisa, 1999. Pág. 44.
- 11) *Ibíd.*
- 12) *Ibíd.*
- 13) *Ibíd.*
- 14) *Ibíd.*
- 15) *Ibíd.*
- 16) Bauman, Zygmunt. Trabajo, consumismo y nuevos pobres. Ed. Gedisa, 1999. Pág. 45.
- 17) Convención Nacional Constituyente 31° Reunión- 3° Sesión Ordinaria, 16 de agosto de 1994. Lipszyc. Pág. 4193.
- 18) *Ibíd.* Pág. 4195.
- 19) Macpherson, C.B., Ascenso y caída de la justicia económica, del libro Ascenso y caída de la justicia económica y otros ensayos, ed. Manantial, Buenos Aires, 1991 (ed. original en inglés, The Rise and Fall of Economic Justice and Other Essays, Oxford University Press, 1985).
- 20) Convención Nacional Constituyente 31° Reunión - 3° Sesión Ordinaria, 16 de agosto de 1994. Irigoyen. Pág. 4171.
- 21) *Ibíd.*
- 22) Convención Nacional Constituyente 31° Reunión - 3° Sesión Ordinaria, 16 de agosto de 1994. Servini García. Pág. 4212.
- 23) Convención Nacional Constituyente 31° Reunión - 3° Sesión Ordinaria, 16 de agosto de 1994. Olsina. Pág. 4235.
- 24) Tambussi, Carlos Eduardo. "Los derechos del consumidor como derechos humanos", en Gordillo, Agustín. "Tratados de derecho administrativo y obras selectas" Capítulo VII.
- 25) Lorenzetti, Ricardo Luis. "Consumidores". Segunda Edición Actualizada. Ed. Rubinzal- Culzoni. Pág. 41.
- 26) Convención Nacional Constituyente 31° Reunión- 3° Sesión Ordinaria, 16 de agosto de 1994. Lipszyc. Pág. 4212.

- 27) Mosset Iturraspe. "El orden público y la tutela del consumidor y usuario".
- 28) Convención Nacional Constituyente 31° Reunión - 3° Sesión Ordinaria, 16 de agosto de 1994. Lipszyc. Pág. 4213.
- 29) Proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación mediante el Mensaje N° 1250 del 4 de agosto de 2014.
- 30) Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo, creado en el ámbito de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.
- 31) *Ibid.* Art. 6.
- 32) Proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación mediante el Mensaje N° 1250 del 4 de agosto de 2014. Art. 53. Inc. d y e.
- 33) *Ibid.* Art. 8.
- 34) *Ibid.* Art. 12.
- 35) *Ibid.* Art. 53. Inc. c.
- 36) *Ibid.* Art. 16.
- 37) *Ibid.* Art. 53, inc. k.
- 38) *Ibid.* Art. 55.
- 39) Bauman, Zygmunt. "Vida de consumo". Fondo de cultura económica, 2008.
- 40) *Ibid.*
- 41) *Ibid.*
- 42) La defensa de los Derechos del Consumidor desde una perspectiva internacional. Sistema de Universidad Abierta. Facultad de Derecho. UNAM.
- 43) Baudrillard, Jean. "La sociedad de consumo: sus mitos, sus estructuras". Ed. Siglo XXI de España Editores, 2009.
- 44) "Por otro lado, tenemos que mencionar como muy importante la labor desarrollada por las Naciones Unidas, que en 1985 estableció directrices fundamentales, al sancionar para el mundo una legislación protectora y defensiva de estos derechos, que por su importancia sería conveniente leer en sus puntos principales, (...)".
- 45) La defensa de los Derechos del Consumidor desde una perspectiva internacional. Sistema de Universidad Abierta. Facultad de Derecho. UNAM.
- 46) Convención Nacional Constituyente 31° Reunión - 3° Sesión Ordinaria, 16 de agosto de 1994. Irigoyen. Pág. 4170.
- 47) Convención Nacional Constituyente 31° Reunión - 3° Sesión Ordinaria, 16 de agosto de 1994. Servini García. Pág. 52 y ss.
- 48) Tambussi, Carlos Eduardo. "Los derechos del consumidor como derechos humanos", en Gordillo, Agustín. "Tratados de derecho administrativo y obras selectas" Capítulo VII.
- 49) Convención Nacional Constituyente 31° Reunión - 3° Sesión Ordinaria, 16 de agosto de 1994. Mosset Iturraspe. Pág. 4235.
- 50) Tambussi, Carlos Eduardo. "Los derechos del consumidor como derechos humanos", en Gordillo, Agustín. "Tratados de derecho administrativo y obras selectas" Capítulo VII.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar
Fecha: 11 DE AGOSTO DE 2014
:
Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.56

"Nueva Justicia en las Relaciones de consumo: la satisfacción de una deuda pendiente"

SCHEINKMAN, LUCÍA

Publicación: www.infojus.gov.ar, 8 DE AGOSTO DE 2014

TEMA

RELACION DE CONSUMO-METODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS-DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TEXTO

1. Las debilidades del actual sistema de resolución de conflictos en materia de consumo.

El 31 de julio del corriente la Presidenta de la Nación, Dra. Cristina Fernández de Kirchner, junto con el secretario de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Dr. Julián Álvarez, presentaron un paquete de proyectos de ley con la finalidad de dotar de operatividad al artículo 42 (3) de la Constitución Nacional al empoderar a los consumidores y usuarios y otorgar a la Secretaría de Comercio, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, las facultades necesarias para cumplir con dicho objetivo. A tal efecto, se presentaron tres iniciativas legislativas con los siguientes contenidos: i) la creación de un nuevo sistema de resolución de conflictos en materia de consumo; ii) la necesaria modernización de la Ley N° 20.680, a cuyo fin se suprime la pena de prisión o arresto, entre otras modificaciones relevantes; y, finalmente, iii) la creación de un Observatorio de Precios y Disponibilidad de Insumos, Bienes y Servicios como organismo técnico encargado del monitoreo, relevamiento y sistematización de los precios y disponibilidad de insumos a lo largo de toda la cadena de valor.

En el presente artículo me abocaré al proyecto de ley por el cual se propone la creación de un nuevo Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo compuesto por una instancia conciliatoria (el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo o COPREC), una instancia administrativa (la Auditoría en las Relaciones de Consumo) y un nuevo fuero especializado en la materia (la Justicia Federal y Nacional en las Relaciones de Consumo).

Esta novedosa propuesta viene a subsanar las deficiencias del actual sistema de resolución de conflictos en materia de consumo que funciona en el ámbito de la Secretaría de Comercio, cuya extensa duración desalienta la presentación de reclamos.

El sistema vigente cuenta con una primera etapa conciliatoria no obligatoria (carece de multa por incomparecencia del proveedor o prestador a las audiencias) que es dirigida por un funcionario de la Secretaría de Comercio que extrae sus competencias del artículo 45 (4) de la Ley N° 24.240 y sus modificatorias. Más allá de lo establecido en dicho artículo, no existe otra regulación específica del procedimiento conciliatorio, otorgando una gran discrecionalidad al funcionario interviniente.

En caso de que se arribe a un acuerdo conciliatorio, se cierra el expediente. De no arribarse a un acuerdo, el expediente pasa a la Dirección de Actuaciones por Infracción (DAI) de la Secretaría de Comercio, en la cual se evalúa la comisión de infracciones a la Ley N° 24.240 por parte del proveedor o prestador. La DAI emite una resolución en la cual establece tanto el resarcimiento a favor del consumidor en concepto de daño directo, como la multa al proveedor por infracción a la ley. En esta etapa, el consumidor no tiene participación alguna.

Una gran parte de las resoluciones emitidas por la Secretaría de Comercio son apeladas por las empresas ante el fuero Nacional Contencioso Administrativo Federal, demorándose por años su resolución. En esta instancia, tampoco participa el consumidor, quien recién es notificado por la Secretaría de Comercio una vez que existe sentencia firme.

Ante el panorama descrito, resulta imperioso cumplir acabadamente con el mandato del artículo 42 de la Constitución Nacional y brindar a los consumidores y usuarios las herramientas necesarias para una eficaz protección

de sus derechos. En este sentido, el nuevo esquema delineado prevé un sistema ágil y eficaz, dirigido por individuos imparciales y específicamente capacitados en la materia, con reglas claras en materia procedimental y procesal, y con participación del consumidor en todas las etapas del proceso.

2. El nuevo sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo.

I) Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC).

El sistema cuya creación se propicia tiene una primera etapa conciliatoria con características propias acordes a la materia específica de la que se ocupa. El proyecto establece reglas claras para llevar adelante la instancia conciliatoria, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad con la conciliación que se lleva a cabo en el ámbito de la Secretaría de Comercio, en la cual el funcionario actuante extrae sus competencias del artículo 45 de la Ley N° 24.240 y sus modificatorias de forma que, en la práctica, al no existir una regulación exhaustiva de los aspectos procedimentales, se otorga una gran discrecionalidad a dicho funcionario con respecto a la conducción de la etapa conciliatoria.

El proyecto establece la intervención del COPREC en aquellos reclamos de derechos individuales de consumidores o usuarios hasta un monto equivalente a 55 Salarios Mínimos, Vitales y Móviles (aproximadamente 198.000 pesos). A su vez, se establece que para el caso de relaciones de consumo reguladas por normas distintas de la Ley N° 24.240 y sus modificatorias, el consumidor o usuario podrá presentar su reclamo ante el COPREC o bien hacerlo ante la autoridad instituida por la legislación específica. De esta forma, se deja en claro que los consumidores o usuarios que tengan reclamos relativos al servicio de energía eléctrica, de gas, prepagas, telefonía, entre otros, podrán acceder al servicio de conciliación que se crea.

Resulta acertada la limitación por monto establecida considerando el principio de gratuidad para el consumidor o usuario que rige el procedimiento ante el COPREC. Asimismo, el monto resulta lo suficientemente amplio como para abarcar un gran caudal de reclamos. Parece oportuno también el reemplazo de la unidad de valor utilizada en la actualidad por la Secretaría de Comercio para disponer resarcimientos a favor de consumidores o usuarios -Canasta Básica tipo Hogar 3- por el Salario Mínimo Vital y Móvil (SMVM) que es una medida de valor de referencia usual en la economía y de mayor conocimiento público. Actualmente, el importe del SMVM es de 3600 pesos, de conformidad con lo establecido en el artículo 1°, apartado B, de la resolución CNEP y SMVM N° 4/13 del 25 de julio de 2013 (B.O. 29-07-13).

Otra gran innovación con respecto a la instancia conciliatoria existente en la actualidad en el ámbito de la Secretaría de Comercio consiste en que mientras ésta es conducida por un funcionario de dicha Secretaría, el proyecto en comentario crea una figura especial: el "Conciliador en las Relaciones de Consumo", el cual deberá acreditar una capacitación específica en la materia además de la aprobación de una instancia final evaluatoria, entre otros requisitos. De esta forma, el consumidor o usuario tendrá la certeza que quien conduce la fase conciliatoria es un profesional especialmente capacitado en materia de defensa del consumidor y medios alternativos de resolución de conflictos. Con respecto a la designación del conciliador, se establece que ésta podrá efectuarse por sorteo público o por elección privada.

Resulta destacable la amplitud de la competencia del COPREC, la cual de acuerdo a lo establecido en el artículo 5° del proyecto de ley, se determinará por "el lugar de consumo o uso, por el de celebración del contrato, por el domicilio del consumidor o usuario, por el del proveedor o prestador o por el domicilio de la citada en garantía, a elección del consumidor o usuario".

De acuerdo a la finalidad tuitiva que inspira todo el sistema, el procedimiento ante el COPREC es gratuito para el consumidor o usuario y la asistencia letrada no resulta obligatoria, sin perjuicio de lo cual se establece un servicio de patrocinio jurídico gratuito para los consumidores o usuarios que lo requieran, a la vez que se pone en cabeza del Conciliador el deber de informar a las partes cuando la cuestión a resolverse requiera por su complejidad de patrocinio letrado.

Otro aspecto relevante del procedimiento conciliatorio propuesto es la imposición de multa al proveedor o prestador en caso de incomparecencia injustificada ya que, de esta forma, se refuerza la obligatoriedad de la asistencia a las audiencias. Vale destacar que del monto percibido en

concepto de multa por incomparecencia, una tercera parte es otorgada al propio consumidor o usuario y el monto restante es destinado al Fondo de Financiamiento cuya creación prevé el artículo 20 del proyecto.

La Secretaría de comercio, autoridad de aplicación de la Ley N° 24.240 y sus modificatorias, tiene a su cargo la homologación de los acuerdos conciliatorios a los que se arribare en esta instancia. El acuerdo homologado constituye un título ejecutivo que, de ser necesario, puede ejecutarse ante el nuevo fuero que se crea.

Una vez concluida la etapa conciliatoria ante el COPREC por no haberse arribado a un acuerdo o por incomparecencia injustificada del proveedor o prestador, el consumidor o usuario podrá optar por interponer su reclamo ante la Auditoría en las Relaciones de Consumo (en caso que sólo persiga el resarcimiento del daño directo hasta el límite de 15 SMVM) o presentar su demanda ante la Justicia Federal y Nacional en las Relaciones de Consumo (en caso que pretenda una reparación más amplia).

II) Auditoría en las Relaciones de Consumo.

El proyecto prevé la creación de una instancia administrativa que será conducida por los Auditores en las Relaciones de Consumo, los que entenderán en las controversias promovidas por consumidores o usuarios que persigan el resarcimiento del daño directo hasta un monto de 15 Salarios Mínimos, Vitales y Móviles (aproximadamente 55.000 pesos).

La Auditoría cuya creación se propicia está dotada de imparcialidad e independencia. Asimismo, se dispone que la resolución del Auditor será revisable por recurso directo ante la Cámara de Apelaciones del nuevo fuero en las Relaciones de Consumo o ante la Cámara Federal de Apelaciones que corresponda, de forma que tal decisión estará sujeta a control judicial amplio y suficiente.

De esta manera, la instancia administrativa cuya creación se propugna cumplimenta los requisitos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos "Ángel Estrada y Cía. S.A. c. Secretaría de Energía y Puertos" (fallos 328:651) y "Fernández Arias c. Poggio" (fallos 247:646) para considerar constitucional el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a favor de órganos administrativos.

Asimismo, la figura del Auditor en las Relaciones de Consumo se corresponde con lo dispuesto en el Punto 3.3. del Anexo de modificaciones legislativas del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado que cuenta con aprobación del Honorable Senado de la Nación (expediente PE-57/12), en el que se dispone la modificación del artículo 40 bis de la Ley N° 24.240. En dicho dispositivo legal se establece que, a los fines de la fijación de la reparación del daño directo sufrido por el consumidor en la relación de consumo, los organismos administrativos deberán cumplir con los siguientes requisitos: i) haber sido creados por ley con facultades para resolver conflictos entre particulares y que la razón económica para tal otorgamiento resulte manifiesta; ii) estar dotados de especialidad técnica, independencia e imparcialidad; y, iii) que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

Se establece un procedimiento oral muy ágil que se inicia con la interposición del reclamo por parte del consumidor o usuario. En efecto, el procedimiento se concentra en una audiencia presidida por el Auditor en las Relaciones de Consumo, en la cual: i) el proveedor o prestador hace su descargo; ii) las partes ofrecen y producen la totalidad de la prueba, previéndose en forma excepcional la celebración de una segunda audiencia en un plazo breve para la prueba pendiente; iii) el Auditor resuelve fundadamente y notifica su resolución a las partes en el mismo acto, excepcionalmente puede posponer su resolución hasta 5 días posteriores a la fecha de la audiencia o de la producción de la prueba pendiente.

Se dispone, asimismo, la notificación de la resolución adoptada por el Auditor a la Secretaría de Comercio para que ésta pueda adoptar las medidas que correspondan en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley N° 24.240.

III) Justicia Federal y Nacional en las Relaciones de Consumo.

Se prevé la creación de un nuevo fuero especializado en la materia que estará integrado por ocho Juzgados de Primera Instancia y una Cámara de Apelaciones que actuará en dos salas integrada por tres jueces cada una.

El nuevo fuero entenderá en aquellas causas que versen sobre relaciones de consumo en las que el monto de la demanda no supere el valor equivalente a 55 Salarios Mínimos, Vitales y Móviles (aproximadamente 198.000 pesos). Esta limitación por monto coincide con la establecida para la instancia conciliatoria ante el COPREC, de manera que necesariamente todas las causas que lleguen al nuevo fuero deberán haber pasado previamente por la instancia conciliatoria cuya creación se propicia en el proyecto. Vale aclarar que en materia de aplicación de daño punitivo (artículo 52 bis de la ley N° 24.240 y sus modificatorias), el juez no se encuentra limitado por el referido monto.

Con respecto a la competencia de la Cámara de Apelaciones prevista, se establece su actuación como tribunal de alzada de los Juzgados de Primera Instancia en las Relaciones de Consumo. A su vez, conocerá en los recursos directos contra las resoluciones emitidas por los Auditores en las Relaciones de Consumo. Finalmente, actuará como instancia revisora de las sanciones administrativas que imponga la autoridad de aplicación en el marco de las leyes N° 22.802, N° 24.240 y N° 25.156.

De manera similar a lo previsto para el COPREC, se abre un abanico de opciones a elección del consumidor para permitir su acceso a este fuero. En este sentido, el artículo 50 del proyecto establece que "será competente el juez del lugar del consumo o uso, el de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del proveedor o prestador o el del domicilio de la citada en garantía, a elección del consumidor o usuario."

Se crea un proceso específico para el nuevo fuero regido por los principios de celeridad, intermediación, economía procesal, oralidad, gratuidad y protección para el consumidor o usuario. En este punto me gustaría destacar especialmente el principio relativo a la intermediación ya que, en el sistema vigente, cuando una empresa impugna la resolución de la Secretaría de Comercio que dispone un resarcimiento y una multa (suelen establecerse en forma conjunta) ante el fuero Contencioso Administrativo Federal, el consumidor queda desvinculado del proceso, mientras que en el nuevo fuero el consumidor o usuario tiene participación constante.

El proceso creado para el nuevo fuero resulta aún más breve que el sumarísimo previsto en el artículo 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Claramente ambos procesos tienen características en común, como por ejemplo: i) en ambos se dispone que con la demanda y contestación se ofrecerá la prueba y se agregará la documental; ii) se establece la inadmisibilidad de las excepciones previas y de la reconvencción; iii) se fija la duración de los plazos en tres días, con excepción del de contestación de demanda y el otorgado para interponer la apelación y contestar el traslado del memorial, que serán de cinco días; iv) no procede la presentación de alegatos; y, v) se limita la apelación a la sentencia definitiva y las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias.

Sin perjuicio de las características comunes reseñadas, el régimen procesal diseñado en el proyecto tiene características distintivas e innovadoras que lo convierten en un proceso aún más breve que el sumarísimo, a saber: i) además de no admitir excepciones previas ni reconvencción, tampoco permite la recusación sin causa; ii) se prevé que el juez provea la prueba ofrecida por las partes en la primera resolución posterior a la contestación de la demanda; iii) se dispone que no procederá la prueba de absolución de posiciones y se limita el número de testigos a tres; iv) el proceso se concentra en una única audiencia (excepcionalmente puede establecerse una segunda audiencia en un plazo breve) en la cual se producirá la totalidad de la prueba y el juez resolverá en el acto; v) con respecto al recurso de apelación, se establece su efecto suspensivo, salvo cuando el incumplimiento de la sentencia pudiese ocasionar un perjuicio irreparable.

Resulta destacable la inclusión de una previsión en el inciso m) del artículo 53 del proyecto disponiendo que los pagos que se efectúen al consumidor o usuario deberán efectivizarse mediante depósito judicial a la orden del juzgado interviniente y giro personal al titular del crédito o sus derechohabientes, otorgando de esta forma una adecuada protección a los consumidores y usuarios, evitando lo que popularmente se conoce como "caranchismo".

Finalmente, de la misma forma que lo previsto en la instancia administrativa, se dispone la notificación de las sentencias definitivas y firmes a la Secretaría de Comercio para que, como autoridad de aplicación de la Ley N° 24.240, pueda aplicar las medidas que estime corresponder.

3. Unas palabras finales a modo de cierre.

Resulta relevante destacar que el sistema proyectado no se limita a la Capital Federal, sino que prevé su funcionamiento en todo el país. En efecto, cuando el proyecto se refiere a las sedes de funcionamiento del COPREC y de la Auditoría en Relaciones de Consumo, se refiere tanto a la Capital Federal como a "las dependencias, delegaciones u oficinas fijas o móviles que se establezcan en el resto del país". En este sentido, se invita a las provincias a adecuar sus regímenes procesales y procedimentales o a adherir directamente a la ley.

El nuevo sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo cuya creación se propicia permitirá dotar de operatividad al artículo 42 de la Constitución Nacional al otorgar a los consumidores y usuarios herramientas efectivas para la protección de sus derechos. La efectiva implementación de este sistema junto con el aumento de los montos aplicables a las empresas en concepto de multas, exigirá una mayor responsabilidad por parte de los empresarios. En tal sentido, al diseñar un procedimiento ágil y sencillo, se alentará la presentación de reclamos ante el nuevo sistema, lo cual redundará en una mejora de los servicios ofrecidos por los proveedores y prestadores y, en consecuencia, de la calidad de vida de los consumidores y usuarios.

Notas al pie:

1) Se agradece la colaboración del Dr. Fabio Mandile en la revisión final de este artículo.

2) Abogada (UBA). Maestría en curso en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP). Ex becaria de la Universidad de Alcalá (UAH). Docente (UBA). Asesora en Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

3) "Artículo 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.

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 nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control."

4) "ARTICULO 45.- Actuaciones Administrativas. La autoridad nacional de aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de esta ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de oficio o por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores.

Previa instancia conciliatoria, se procederá a labrar acta en la que se dejará constancia del hecho denunciado o verificado y de la disposición presuntamente infringida.

En el acta se dispondrá agregar la documentación acompañada y citar 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.

Si se tratare de un acta de inspección, en que fuere necesaria una comprobación técnica posterior a los efectos de la determinación de la presunta infracción y que resultare positiva, se procederá a notificar al presunto responsable la infracción verificada, intimándolo para que en el plazo de CINCO (5) días hábiles presente por escrito su descargo. En su primera presentación, el presunto infractor deberá constituir domicilio y acreditar personería.

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.

La constancia del acta labrada conforme a lo previsto en este artículo, así como las comprobaciones técnicas que se dispusieren, constituirán prueba suficiente de los hechos así comprobados, salvo en los casos en que resulten

desvirtuados por otras pruebas.

Las pruebas se admitirán solamente en casos de existir hechos controvertidos y siempre que no resulten manifiestamente inconducentes. Contra la resolución que deniegue medidas de prueba sólo se concederá el recurso de reconsideración. La prueba deberá producirse entre el término de DIEZ (10) días hábiles, prorrogables cuando haya causas justificadas, teniéndose por desistidas aquellas no producidas dentro de dicho plazo por causa imputable al infractor.

En el acta prevista en el presente artículo, así como en cualquier momento durante la tramitación del sumario, la autoridad de aplicación podrá ordenar como medida preventiva el cese de la conducta que se reputa en violación de esta ley y sus reglamentaciones.

Concluidas las diligencias sumariales, se dictará la resolución definitiva dentro del término de VEINTE (20) días hábiles.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, la autoridad de aplicación gozará de la mayor aptitud para disponer medidas técnicas, admitir pruebas o dictar medidas de no innovar.

Contra los actos administrativos que dispongan sanciones se podrá recurrir por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o ante las cámaras federales de apelaciones con asiento en las provincias, según corresponda de acuerdo al lugar de comisión del hecho.

El recurso deberá interponerse ante la misma autoridad que dictó la resolución, dentro de los DIEZ (10) días hábiles de notificada y será concedido en relación y con efecto suspensivo, excepto cuando se hubiera denegado medidas de prueba, en que será concedido libremente.

Las disposiciones de la Ley N° 19.549 de Procedimientos Administrativos, en el ámbito nacional y en lo que ésta no contemple las disposiciones del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación, se aplicarán supletoriamente para resolver cuestiones no previstas expresamente en la presente ley y sus reglamentaciones, y en tanto no fueren incompatibles con ella.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias dictarán las normas referidas a su actuación como autoridades locales de aplicación, estableciendo en sus respectivos ámbitos un procedimiento compatible con sus ordenamientos locales."

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 8 DE AGOSTO DE 2014

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 17.454 Art.498, Ley 20.680, Ley 22.802, Ley 24.240 Art.40 Bis , Ley 24.240 Art.45, Ley 24.240 Art.52 Bis , LEY 25156

Los consumidores y usuarios: los nuevos actores del siglo

XXI

CROSIO, AMILCAR|FRETES, MARISOL|PICCONE, VERÓNICA M.|REY, SEBASTIÁN A.

Publicación: www.infojus.gov.ar, 6 DE AGOSTO DE 2014

TEMA

POLITICA ECONOMICA-RELACION DE CONSUMO-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-DERECHOS DEL USUARIO

TEXTO

Introducción.

Una característica fundamental del proceso político que comenzó en el año 2003 es la constante ampliación de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas y la responsabilidad del Estado de garantizarlos. Para ello, se ha intentado profundizar la coordinación virtuosa entre el Estado -en todas sus esferas- y el sector privado para mantener el equilibrio del ciclo económico por el que tanto abogó el General Perón reconociendo los distintos roles que los actores ocupan en las relaciones de producción y consumo y las condiciones de desigualdad existente en ellas.

El siglo XX se caracterizó por la incorporación de derechos laborales producto de largas luchas obreras -en Argentina, principalmente, con el primer y segundo peronismo- en respuesta a la desigualdad de fuerzas que existe entre el sector empresario y los trabajadores. Este conjunto de derechos democratizó el acceso a las condiciones de bienestar e incorporó un nuevo actor a la matriz económica productiva: el trabajador, que pasaba a transformarse en consumidor. De esta forma, los mercados experimentaron una creciente demanda de bienes y servicios que puso en escena la desigualdad existente entre los consumidores, es decir, trabajadores que ahora accedían al consumo masivo, y las empresas. De allí que, tal como manifestara la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner, "los consumidores y usuarios son los nuevos actores de este siglo XXI y requieren del Estado la protección de sus derechos".

La batería de medidas fundamentales que el Poder Ejecutivo presentó el 31 de julio del presente año, difiere de las que se implementaron en Argentina bajo el paradigma neoliberal. Un paradigma que construyó la figura del consumidor como un sujeto disociado del trabajador y su relación con el salario, la producción, la industria, el comercio, e incluso, el consumo. Un paradigma que de manera contradictoria postulaba regulaciones a favor del consumidor "puro" mientras que paralelamente pregonaba la flexibilización de derechos laborales, la desindustrialización de la economía y la especulación de los grandes grupos financieros.

En ese sentido, sostiene Svampa que "en el famoso artículo 42 de la Constitución Nacional] se enuncian los derechos del consumidor-usuario, al tiempo que se estipulan los controles que el Estado debe instituir o garantizar para que éstos derechos se ejerzan. Así, el derecho a la participación como consumidor implicaba la constitución de una nueva escena, un mercado en el cual debían interactuar empresas, consumidores y entes reguladores estatales. Sin embargo, en la Argentina de los 90 la forma que adoptó el proceso de privatizaciones implicó la destrucción de las capacidades estatales, así como la conformación de mercados monopólicos, favorecidos por la protección de un Estado patrimonialista. Ello explica tanto la escasa capacidad (institucional) de los tardíos entes reguladores --algunos de ellos creados incluso meses después de la privatización del sector!--, como la temprana cooptación de las incipientes organizaciones de consumidores. En consecuencia, antes que el escenario apropiado para la gestación de un hipotético 'control ciudadano', ejercido por el consumidor usuario, el modelo de dominación político se encargó de proclamar su existencia virtual, asegurando al mismo tiempo, su inviabilidad empírica" (1).

De igual modo añade que "algunos objetarán que la acción del ciudadano usuario, será limitada pues (...) 'tiende a desarrollarse en una escena preconstituida por el productor y por fuera del campo de la producción o del conflicto socio-económico', el que permanece incuestionable y desaparece del eje de la discusión. Otros recordarán sus orígenes espurios, en la medida en que la relevancia del consumidor usuario en la nueva matriz social es directamente proporcional al eclipse del modelo de ciudadanía social, consagrada en el artículo 14 bis, incluido en la reforma de 1949, bajo el primer gobierno de Perón" (2).

En el presente trabajo se intentará aportar algunos elementos -históricos, sociológicos y jurídicos- que permitan reflexionar sobre el rol del usuario y de los consumidores en la relación de consumo y la importancia de regular instrumentos que permitan la protección integral de sus derechos frente a las empresas.

Las relaciones de consumo desde una perspectiva histórica.

Según el sociólogo García Canclini, al abordar el estudio de las identidades y del ser ciudadano no es posible dejar de lado dos elementos: la inmigración del campo a la ciudad y la lucha generacional y simbólica acerca de lo necesario y lo deseable. Los avances de la industrialización y el acercamiento a nuevos recursos de confort son entendidos como privilegios para los nuevos habitantes de la modernidad lo cual permite construir un soporte empírico sobre el modo de establecer las identidades y entender lo que nos distingue (3).

En este sentido, Piris menciona tres etapas fundamentales en la evolución de la protección del consumidor y una última etapa que se encuentra en proceso actualmente.

La primera etapa responde a un período previo a que surja como tal la sociedad de consumo, en donde no se distinguía a los consumidores como parte de un grupo social y no se tenía consciencia de su estado de vulnerabilidad en la relación de consumo. Era la época de las teorías de Libre Mercado y el consumidor como sujeto individual, de la expansión de los derechos civiles, del derecho comercial exclusivo de "comerciantes" y de la doctrina anglosajona *caveat emptor*, donde el consumidor debía ser "consciente", es decir, debía utilizar su sentido común para advertir que el empresario trata de obtener ventajas del consumidor y, en caso de no utilizarlo, evitar las quejas (4).

La segunda etapa se ubica ya en el auge de la sociedad de consumo, donde se decide comenzar a establecer ciertos institutos que, si bien no tendían directamente a la protección del consumidor, empiezan a procurar una mejoría en la protección de sus derechos a través de la lucha directa contra los abusos de poder provenientes de los sectores concentrados como monopolios y oligopolios, buscando defender la lealtad comercial y el intercambio en primera instancia. Es en esta etapa donde encontramos el desarrollo de las primeras normas y principios en la materia, que pasan a regular genéricamente la situación del consumidor protegiéndolo indirectamente. Como un primer hito, en los Estados Unidos de América a partir de la creación de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission) en 1914 se empezó a proteger al consumidor de forma incidental, como consecuencia de la reglamentación de la actividad comercial y de la aplicación de medidas que buscaban impedir las prácticas comerciales desleales (5).

En la tercera etapa es donde se produce el reconocimiento de los consumidores como grupo social definido y al consumidor como sujeto de derechos. En este segmento, ya podemos identificar la sanción deliberada de normas tendientes a la protección de estos derechos -como el caso de la "Ley Kennedy" considerada la primera ley de defensa del consumidor del mundo o el Tratado de Roma que crea la Comunidad Europea donde en sus artículos 85 y 86 se hace referencia a los consumidores-. Recién aquí se produce el nacimiento de los derechos del consumidor, normas y principios que regulan específicamente la protección del consumidor en las relaciones de consumo. En términos generales, puede

afirmarse que el derecho del consumidor nace en el mundo con contornos eminentemente represivos -penal y administrativo- para gradualmente ir tornándose preventivo, a la vista de ciertas características de los mercados modernos -mutabilidad, velocidad de intercambios, alta complejidad, dificultad en la reparación de los daños sufridos por el consumidor, nuevas modalidades de contratación, contratos abusivos de adhesión, etc.- (6).

En Argentina la democratización del acceso a derechos durante el primer peronismo modificó estructuralmente la matriz de la economía, la política y la cultura. El primer y segundo peronismo llevó adelante un proceso de sustitución de importaciones e industrialización que generó un desarrollo inclusivo de los sectores populares hasta ese momento invisibilizados de la escena política y económica. El acceso de los trabajadores urbanos al consumo masivo puso en evidencia un nuevo actor en las relaciones de producción y comercialización: ahora el ciudadano-trabajador era también un consumidor. Haciendo un paralelismo con lo afirmado por Castel al referirse al fordismo, "no se trataba sólo de que un salario elevado aumentara la motivación para el trabajo y el rendimiento. Se estaba bosquejando una política salarial ligada al progreso de la productividad, a través de la cual el obrero accedía a un nuevo registro de la existencia social, el del consumo, y no exclusivamente el de la producción" (7).

Para Socías y Schiavi "el gobierno peronista, sensible a ese nuevo estado de cosas, registró que su política de derechos no se agotaba en el mero acceso al mercado. Para que ese contexto expansivo no fuera tumultuoso y excusa para la captura de rentas extraordinarias por parte de los empresarios, era necesario ordenarlo y diseñar nuevas capacidades estatales orientadas a la defensa del consumidor (...) Así como lo hizo en las relaciones laborales, el gobierno peronista llevó adelante tareas desconocidas hasta entonces: profundizó la protección del consumidor mediante la lucha contra la especulación, la supervisión de la calidad y la comercialización de las mercancías y lanzó campañas que instaban a los consumidores a ser más responsables y exigentes. El marco en el cual se desplegaba el consumo popular se convirtió en un foco importante de la política estatal" (8).

Los mencionados autores destacan que "el objetivo era que la renta empresaria fuera una retribución justa a la inversión del capital y no producto de la confusión y los abusos de posición dominante dada por la asimetría de la información" (9).

En síntesis, afirman que "el consumo popular y su contraparte institucional, la defensa del consumidor, fueron el complemento ordenador de una política de ingresos expansiva que incorporaba veloz y masivamente a los trabajadores al mercado. No obstante la habitual simplificación historiográfica, no fue el precio final de los bienes y servicios el principal objetivo de la política estatal en la materia. El desarrollo de capacidades públicas para la regulación y el control de la calidad, el envasado, la publicidad y el etiquetado, entre otros aspectos, constituyeron la argamasa de un contrato social entre ciudadanos-empresarios y ciudadanos-trabajadores/consumidores, que en definitiva aceptaba y era sumamente funcional al proceso de redistribución de la renta que se producía en aquellos años" (10).

En ese sentido, el General Perón planteaba que el círculo económico estaba conformado por la producción, la industria, el comercio y el consumo. Afirmaba que en el año 1946 los trabajadores se encontraban subsumidos en la miseria con sueldos insignificantes. Fue desde el área de Trabajo y Previsión que se lanzaron los primeros estatutos de los trabajadores, medidas muy cuestionadas por algunos sectores del capitalismo argentino. En cuanto a ello sostuvo: "todo eso representó la reivindicación inicial de la clase trabajadora. Mediante organismos montados también desde Trabajo y Previsión - como el Instituto de las Remuneraciones, en primer término- pudo establecerse un equilibrio económico social que permitió ir aumentando el estándar de vida y el poder adquisitivo de la masa popular, que es lo que podríamos llamar 'la gallina de los huevos de oro', porque es precisamente ese enorme consumo el que mantiene el ciclo económico en equilibrio y permite pasar de una economía de miseria a una de abundancia, sin quebrar ni romper, en lo posible, el equilibrio indispensable" (11).

Perón explicaba que el gran motor del consumo eran las clases populares. Así señalaba que "no son los ricos los que producen el gran consumo, es el pueblo, es la masa popular la que, sumando sus pequeños consumos -al lado de lo que derrochan los demás- forma la gran masa del consumo. Para corroborar esto que les estoy diciendo les voy a proporcionar un dato estadístico para que se den cuenta de cómo se incrementó el consumo: en 1948 se consumieron un millón de vacas más que en 1947. Lo mismo ocurrió con las demás necesidades y servicios. Todo aumentó. Esa masa popular, al aumentar el consumo, tonificó el comercio que, en realidad, es el que hace circular las exigencias del consumo. Esto a su vez demandó aún más a la industria, que es la transformación, y la tonificó, y ésta pidió materia prima a la producción. Ese ciclo económico se triplicó y se cuadruplicó en poco tiempo" (12).

Este equilibrio que logró el peronismo en su primer y segundo gobierno varió luego del golpe de estado de 1955 en detrimento de los ciudadanos-trabajadores-consumidores y, en definitiva, de todo el equilibrio del ciclo económico. Sin embargo, luego de regresar a la Argentina, Perón manifestó que "ese equilibrio se puede restablecer con facilidad si aumentamos la producción y también las ventas. Aun el mismo empresario del comercio minorista, que funda su deseo en aumentar el precio unitario de su propia mercadería, comete un grave error porque jamás, por el aumento de los precios unitarios -hecho que provoca una inflación que es terrible para todos y frente a un pueblo sin poder adquisitivo- podrá tener un gran porvenir. El secreto está en mantener ese perfecto equilibrio del ciclo económico de la producción, es decir, la producción, la transformación, la distribución y el consumo. Cada uno de estos cuatro factores es un factor de riqueza. Algunos creen que se pueden hacer ricos haciendo economía y suprimiendo el consumo. No, ese no es el camino. El camino es contar con una masa popular, con alto poder adquisitivo, que aumente el consumo" (13).

El 24 de marzo de 1976 comenzó el llamado "Proceso de Reorganización Nacional". José Martínez de Hoz fue designado Ministro de Economía y el 2 de abril anunció su plan para contener la inflación, detener la especulación y estimular las inversiones extranjeras. Martínez de Hoz, quien murió el 16 de marzo de este año en prisión domiciliaria por el secuestro extorsivo de empresarios durante la Dictadura, se inspiró en el Premio Nobel de Economía Milton Friedman y su Escuela de Chicago para diseñar su modelo. Como bien advertía Rodolfo Walsh, "dictada por el Fondo Monetario Internacional según una receta que se aplica indistintamente al Zaire o a Chile, a Uruguay o Indonesia, la política económica de (la) Junta sólo reconoce como beneficiarios a la vieja oligarquía ganadera, la nueva oligarquía especuladora y un grupo selecto de monopolios internacionales encabezados por la ITT, la Esso, las automotrices, la U.S. Steel, la Siemens, al que están ligados personalmente el ministro Martínez de Hoz y todos los miembros de su gabinete" (14).

Para Friedman "la crisis percibida por militares y economistas liberales que llevó al golpe militar se originaba en distorsiones en la vida política y económica del país que había traído sobre todo el peronismo, con su intervencionismo estatal y su regulación de la economía. Además de las clásicas políticas de libre mercado, los economistas aportaron a los militares un modelo alternativo del sujeto que se identifica como consumidor, ahorrista e inversor. Mientras se torturaba y secuestraba, se erigía toda una retórica de la libertad a través del consumo y de la construcción de un sujeto económico autónomo, individual y racional; el famoso homo economicus que tanto querían los economistas liberales y el mercado" (15). Para el citado autor, "esta nueva identidad económica que formaba parte del núcleo teórico de los economistas neoliberales o monetaristas del equipo de Martínez de Hoz no existía en la realidad de la sociedad argentina" (16). En su descripción de cómo el gobierno militar construyó este homo economicus, menciona dos políticas específicas: la política hacia los consumidores entre 1978 y 1981 y la reforma financiera de 1977. En cuanto a los consumidores, el Ministerio de Economía lanzó una campaña masiva en los medios llamada "Un cambio de mentalidad" que incluía publicidades en radio y televisión, cortometrajes exhibidos en cines, avisos en los diarios, etc. "El cambio de mentalidad que se había propuesto -señala- era el que permitía el consenso para las nuevas

reformas políticas y económicas que luego impulsará el menemismo, que presentó un programa neoliberal mucho más agresivo que fue aceptado por la sociedad. La dictadura militar construyó un sujeto neoliberal que hizo posible el menemismo" (17).

En la Argentina de los '90 se terminaron de consolidar las políticas neoliberales de la última dictadura cívico-militar. En esta etapa, el proceso de privatizaciones y las políticas de libre mercado destruyeron las capacidades estatales de protección del trabajador-consumidor y de regulación de mercados monopólicos. El proceso de desindustrialización que comenzó en el año 1976 avanzó fuertemente en la década de los '90 generando altos índices de desocupación y pobreza. Esta situación impactó de manera drástica en la capacidad de compra de los consumidores, especialmente en los sectores populares, quienes encontraban restringido su derecho al consumo al disminuir su poder adquisitivo. Es en esta etapa cuando se sanciona en Argentina la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240. Si bien esta norma incorporó ciertos avances en la materia, especialmente a través de su modificación en el año 2008, el paradigma neoliberal de los '90 intentó construir la figura del consumidor como un sujeto distinto al trabajador y su relación con el salario y el empleo, dotándolo de una existencia virtual. Es decir, que mientras se intentaba "proteger" al consumidor como una figura autónoma e individual, los trabajados experimentaban una fuerte restricción de derechos con la flexibilización de sus derechos laborales, o peor, pasaban a formar parte de esa gran masa de desocupados y excluidos que evidenció la crisis argentina del año 2001. Las empresas, a su vez, perdían rentabilidad ya que sus ganancias dependen del poder adquisitivo de los consumidores y usuarios.

En el año 2003 Néstor Kirchner inicia en Argentina un fuerte proceso de recuperación de las capacidades del Estado, de reactivación del consumo y de recuperación del empleo, entre otras políticas exitosas que luego fueron profundizadas por su sucesora, la actual Presidenta de la Nación. Durante esta década el Gobierno Nacional adoptó medidas pioneras en el mundo como la Asignación Universal por Hijo/a, un mecanismo destinado fundamentalmente al acceso a la alimentación, la educación y la salud. Asimismo, se han reactivado las convenciones colectivas de trabajo con dos paritarias anuales para los trabajadores, se implementaron planes destinados a la adquisición de viviendas, se empoderó a las amas de casa y a los trabajadores rurales, se han dispuesto créditos para las empresas y se ha incluido a millones de personas al sistema previsional, entre otras medidas de carácter inclusivo. Todas ellas tendieron no sólo a mejorar estándares de vida sino también a restablecer el poder adquisitivo de los sectores populares para fomentar el consumo y, de esta forma, recuperar el equilibrio del ciclo económico.

A pesar de las altas tasas de rentabilidad que esta década generó para los sectores productivos, en la actualidad se advierte que el comportamiento de un grupo reducido -pero poderoso- de empresas tanto en la formación de precios como en la comercialización de sus productos generó abusos, sobreprecios y desabastecimiento, entre otros efectos negativos, que impactan de manera directa en el poder adquisitivo de los trabajadores-consumidores. Frente a ello el Gobierno Nacional implementó una política fuerte de acuerdos con los sectores productivos y de comercialización para garantizar precios razonables a los consumidores sin deteriorar la competitividad de las empresas. En este sentido, la batería de medidas que presentó el Poder Ejecutivo para proteger al consumidor viene a complementar las políticas de protección de los trabajadores y su derecho al consumo.

Dimensión sociológica del consumo.

Bauman sostiene que en nuestras sociedades el consumo se ha convertido en la primera fuerza productiva y agrega que "a través de la historia humana las actividades de consumo o relacionadas con él (producción, almacenamiento, distribución y eliminación de los objetos de consumo) han proporcionado un flujo constante de esa 'materia prima' que ha modelado -con la ayuda del ingenio cultural impulsado por la imaginación- la infinidad de formas de vida que tienen las relaciones humanas y sus patrones de funcionamiento" (18).

Consumir, tiene hoy en día un valor social, ya que el objeto que se consume es generador de una diferenciación social. Al momento de consumir, el individuo obtiene un valor que es independiente de la funcionalidad del objeto comprado: se trata de un valor simbólico y es proporcionado por los productos y servicios que se desea. Los consumidores, entonces, al momento de enfrentarse al proceso de compra, partiendo desde la premisa que las necesidades primarias están y deben estar satisfechas, generan el consumo y con ello buscan reflejar una imagen (19).

Es en este sentido que Bauman propone el paso de la "modernidad sólida" a la "modernidad líquida". Un paso de una sociedad de productores a una sociedad de consumidores. En el camino hacia esa sociedad de consumidores, el consumismo "en franca oposición a anteriores formas de vida, no asocia tanto la felicidad con la gratificación de deseos sino con un aumento permanente del volumen y la intensidad de los deseos, lo que desencadena el reemplazo inmediato de los objetos pensados para satisfacerlos y de los que se espera satisfacción" (20).

El autor marca la diferencia entre consumo y consumismo, entendiendo el consumo como lo necesario para el mantenimiento de la vida y el consumismo como un sistema de relaciones que altera todos los parámetros de esa misma vida, tanto la percepción de los espacios de los tiempos, la valoración de los objetos y de las actividades como la propia subjetividad sostenida en esperanzas que el consumismo induce y que no puede satisfacer sin riesgo de colapso. "El consumismo -señala- es un tipo de acuerdo social que resulta de la reconversión de los deseos, ganas o anhelos humanos (...), llega cuando el consumo desplaza al trabajo de ese rol axial que cumplía en la sociedad de productores. A diferencia del consumo, que es fundamentalmente un rasgo y una ocupación del individuo humano, el consumismo es un atributo de la sociedad" (21).

Por otro lado, Habermas va a sostener que se ha producido una crisis en el espacio público y en el ejercicio de la ciudadanía, provocando un vaciamiento de la política a partir del desarrollo del capitalismo tardío y la irrupción de un nuevo sujeto social: el consumidor (22). La postura de Habermas será contrastada por nuevas perspectivas críticas desde el espacio cultural latinoamericano, específicamente por la teoría acerca del consumismo de García Canclini, la cual se sustenta en una reestructuración general de las articulaciones entre lo público y lo privado, generando un nuevo sujeto social denominado consumidor-ciudadano que reconoce nuevos escenarios de constitución de lo político y lo público (23).

García Canclini define al consumo como "el conjunto de procesos socioculturales en los que se realizan la apropiación y los usos de los productos" (24). La lógica que rige la apropiación de estos bienes producidos no es la satisfacción de una necesidad sino de la escasez de esos bienes y la imposibilidad que otros lo tengan. En una sociedad posmoderna el consumo como proceso ritual tiende a darle sentido al rudimentario flujo de los acontecimientos.

A escala global lo que ocurre es que la reorganización transnacional de los sistemas simbólicos, hecha bajo las reglas neoliberales de la máxima rentabilidad de los bienes masivos y la concentración de la cultura para tomar decisiones en élites seleccionadas, aleja a las mayorías de las corrientes más creativas de la cultura contemporánea (25).

Para el citado autor, si el consumo se ha vuelto un lugar donde con frecuencia resulta difícil pensar es por su entrega al juego pretendidamente libre, o sea feroz, entre las fuerzas del mercado. En síntesis, propone tres requisitos fundamentales para que un consumidor se transforme en un ciudadano y el consumo pueda ser un "ejercicio reflexivo" de esa ciudadanía:

* Una oferta vasta y diversificada de bienes y mensajes representativos de la variedad internacional de los mercados, de acceso fácil y equitativo para las mayorías

* Información multidireccional y confiable acerca de la calidad de los productos, con control efectivamente ejercido por parte de los consumidores y capacidad de refutar seducciones de la propaganda.

* Participación democrática de los principales sectores de la sociedad civil en las decisiones del orden material, simbólico, jurídico y político donde se organizan los consumos: desde la habilitación sanitaria (...) hasta las concesiones de frecuencias de radio y televisión, desde el juzgamiento de los especuladores que ocultan productos de primera necesidad hasta los que administran informaciones clave para tomar decisiones (26).

La dimensión jurídica: los derechos del consumidor.

Nuestra Constitución Nacional en su artículo 42 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. 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 nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

Tal como se mencionara anteriormente, en el año 1994 se sanciona la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, que fue modificada en el año 2008. Si bien dicha norma incorpora ciertos avances en la materia, no era suficiente para reglamentar de manera integral las disposiciones contenidas en el artículo 42 de la Constitución Nacional, toda vez que no contemplaba las cuestiones vinculadas al abastecimiento y a la competencia leal entre las empresas.

Debe señalarse que la regulación en defensa del ciudadano-trabajador-consumidor encuentra respaldo no sólo en nuestra normativa interna sino también en el derecho internacional de los derechos humanos. A modo de ejemplo, puede mencionarse que los bienes más importantes a los que podemos acceder a través del consumo son los alimentos y el agua. El derecho a la alimentación no sólo está receptado como parte del derecho a un nivel de vida adecuado o a la salud sino que en los últimos años ha adquirido autonomía. El artículo 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 particularmente obliga a los Estados Parte a "mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos". También la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo en su artículo 8 obliga a los Estados a adoptar "todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos".

En la Observación General N° 12, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destacó, entre otras cosas, que para acceder al derecho a la alimentación, los alimentos deben estar disponibles, ser accesibles para todos y todas ya sea directamente, explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales de alimentos, o mediante sistemas de distribución, elaboración y de comercialización que funcionen adecuadamente y que puedan trasladar los alimentos desde el lugar de producción a donde sea necesario según la demanda (27).

El estado tiene la obligación de garantizar la accesibilidad de los alimentos, que comprende la accesibilidad económica -implica que los costos financieros personales o familiares asociados con la adquisición de los alimentos necesarios para un régimen de alimentación adecuado deben estar a un nivel tal que no se vean amenazados o en peligro la provisión y la satisfacción de otras necesidades básicas- y física -implica que la alimentación adecuada debe ser accesible a todos-.

Las obligaciones internacionales requieren que el Estado argentino adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada.

En el ámbito del derecho internacional, la Organización de las Naciones Unidas también adoptó en 1985 las Directrices de Naciones Unidas para la protección del Consumidor. Las Directrices otorgaron legitimidad a los principios de los derechos del consumidor y sirvieron asimismo como guía para el desarrollo de legislaciones nacionales de protección al consumidor (28). En 1999 las Directrices fueron actualizadas con una nueva sección sobre Consumo y Producción Sustentables (sección G).

Las Directrices han sido interpretadas y traducidas en: derecho a la satisfacción de las necesidades básicas, derecho a la seguridad, derecho a ser informado/a, derecho a elegir, derecho a ser escuchado/a, derecho a la reparación, derecho a la educación de los consumidores y derecho a un medio ambiente sano (29).

Palabras finales.

El reconocimiento de derechos laborales durante el siglo XX permitió la democratización del acceso a las condiciones de bienestar por parte de los trabajadores. Esta democratización significó el ingreso masivo de los trabajadores urbanos al consumo, convirtiéndolos en los nuevos consumidores y usuarios de servicios. Esa desigualdad de condiciones existente entre el empleador y el trabajador, y el trabajador-consumidor y las empresas exige al Estado la creación de instrumentos que permitan proteger al trabajador-consumidor frente a los abusos de los sectores económicos concentrados.

No se trata en este caso de regular instrumentos que amplíen derechos para ciertos sectores y restrinjan derechos a otros. Como lo expresó la Presidenta de la Nación "en esta etapa de ampliación de derechos que venimos haciendo, incluir los derechos de los usuarios y consumidores -porque a través de estas tres leyes estaríamos reglamentando ese artículo 42 que hasta ahora era un lindo adorno dentro de la Constitución del '94- es seguir ampliando derechos. No le estamos quitando derechos a nadie, que es lo bueno de cada vez que uno sanciona derechos, que no implican la limitante de otro, no se le está prohibiendo algo a alguien para que otra persona haga algo, al contrario fue como cuando sancionamos el Matrimonio Igualitario. Nos levantamos todos los días con mayores y mejores derechos" (30).

Notas al pie.

(1) Maristella Svampa, "Fases y pasajes del modelo del ciudadano consumidor", Revista Ñ, Clarín, 2005.

(2) *Ibidem*.

(3) Cf. Néstor García Canclini, *Consumidores y Ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización*, Grijalbo, México, 1995, p. 14.

(4) Cf. Cristian Ricardo Piris, "Evolución de los derechos del consumidor", Revista Comunicaciones Científicas y Tecnológicas, Vol. 6, Universidad Nacional del Noroeste, Corrientes, 2000, pp. 1-4.

(5) *Ibidem*.

(6) *Ibidem*.

(7) Robert Castel, *Las metamorfosis de la cuestión social*, Paidós, Buenos Aires, 1997, p. 282.

(8) Manuel Socias y Marcos Schiavi, "Consumo popular", Suplemento CASH, Página 12, 02/02/2014.

(9) *Ibidem*.

(10) *Ibidem*.

(11) Juan Domingo Perón, Discurso pronunciado en la CGT el 27 de diciembre de 1973.

(12) *Ibidem*.

(13) Juan Domingo Perón, palabras pronunciadas ante miembros de la Comisión de Política Concertada para el Agro, Sector Agropecuario y Forestal en la Casa de Gobierno el 25 de octubre de 1973.

- (14) Rodolfo Walsh, Carta Abierta a la Junta Militar, marzo de 1977.
- (15) Daniel Friedman, Entrevista al Diario La Mañana, Neuquén, 06/01/2013.
- (16) *Ibidem*.
- (17) *Ibidem*.
- (18) Zygmunt Bauman, Vida de consumo, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, p. 44.
- (19) *Ibidem*.
- (20) *Ibidem*.
- (21) *Ibidem*.
- (22) Cf. Raúl Díaz Espinoza, "Transformación del espacio público desde una lectura de Habermas y nuevas perspectivas críticas desde el espacio cultural latinoamericano", Revista de la Escuela de Sociología SOCIOARCIS, vol. 3, Santiago de Chile, 2013, p. 1.
- (23) *Ídem*.
- (24) Néstor García Canclini, "El consumo sirve para pensar", Diálogos de la Comunicación, Revista de la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Facultades de Comunicación Social, N° 30, Lima, junio 1991, pp. 6 a 9.
- (25) *Ídem*.
- (26) Néstor García Canclini, Consumidores y Ciudadanos, Ed. Grijalbo S.A., México, 1995, pp. 52 y 53.
- (27) EL DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN ADECUADA (Art. 11 del Pacto): 12/05/99. U.N. Doc. E/C.12/1999/5. 20° período de sesiones, 1999.
- (28) A nivel regional pueden destacarse los casos de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (2008), que incluyó artículos específicos de protección del consumidor (artículos 75 y 76), la Constitución de Ecuador, que también reconoce ampliamente los derechos de las personas usuarias y consumidoras (artículos 52 a 54, 283, 284, 304, 335 y 336) y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículos 96 a 99).
- (29) Entre ellas, se destacan las siguientes:
- Directriz N° 15: Las políticas de los gobiernos deben tratar de hacer posible que los consumidores obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos. También deben tratar de alcanzar las metas en materia de producción satisfactoria y normas de funcionamiento, procedimientos adecuados de distribución, prácticas comerciales leales, comercialización informativa y protección efectiva contra las prácticas que puedan perjudicar los intereses económicos de los consumidores y la posibilidad de elegir en el mercado.
- Directriz N° 16: Los gobiernos deben intensificar sus esfuerzos para impedir el empleo de prácticas que perjudiquen los intereses económicos de los consumidores, garantizando que los productores, los distribuidores y cuantos participan en la provisión de bienes y servicios cumplan las leyes y las normas obligatorias vigentes. Se debe dar aliento a las organizaciones de consumidores para que vigilen prácticas perjudiciales como la adulteración de alimentos, la comercialización basada en afirmaciones falsas o capciosas y los fraudes en la prestación de servicios.
- Directriz N°17: Los gobiernos deben elaborar, reforzar o mantener, según proceda, medidas relativas al control de las prácticas comerciales restrictivas y otras de tipo abusivo que puedan perjudicar a los consumidores, así como medios para hacer efectivas esas medidas. Al respecto, los gobiernos deben guiarse por su adhesión al Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, aprobado por la Asamblea General en su resolución 35/63, de 5 de diciembre de 1980.
- Directriz N° 19: Los gobiernos deben alentar la competencia leal y efectiva a fin de brindar a los consumidores la posibilidad de elegir productos y servicios dentro del mayor surtido y a los precios más bajos.
- Directriz N° 21: Los consumidores deben gozar de protección contra abusos contractuales como el uso de contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de derechos fundamentales en los contratos y la imposición de condiciones excesivamente estrictas para la concesión de créditos por parte de los vendedores.
- Directriz N° 31: Cuando proceda, los gobiernos deberán examinar la posibilidad de:
- a) Adoptar o mantener políticas para asegurar la distribución eficiente de bienes y servicios a los consumidores; cuando proceda, deberán estudiarse políticas especiales para asegurar la distribución de bienes y servicios absolutamente esenciales cuando dicha distribución se vea amenazada, como podría ocurrir, sobre todo, en el caso de las zonas rurales (...).

b) Fomentar la creación de cooperativas de consumidores y las actividades comerciales afines y la información al respecto, especialmente en las zonas rurales.

Directrices relacionadas con medidas que permiten a los consumidores obtener compensación:

Directriz N° 32. Los gobiernos deben establecer o mantener medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles. Al establecerse tales procedimientos deben tenerse especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores de bajos ingresos.

Directriz N° 33. Los gobiernos deben alentar a todas las empresas a solucionar las controversias con los consumidores en forma justa, rápida y exenta de formalidades, y a crear mecanismos voluntarios, como servicios de asesoramiento y procedimientos extraoficiales para presentar reclamaciones, que puedan prestar asistencia a los consumidores.

Directriz N° 34. Se debe facilitar a los consumidores información sobre los procedimientos vigentes y otros procedimientos para obtener compensación y solucionar controversias.

(30) Cristina Fernández de Kirchner, discurso pronunciado el día 31 de julio de 2014 en Casa de Gobierno.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 6 DE AGOSTO DE 2014

:

Editorial: Infojus

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.14 Bis , Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240, Ley 23.313

La protección en el uso de la marca, el sponsoreo y la publicidad engañosa aplicada al ámbito deportivo

BARBIERI, PABLO CARLOS

Publicación: www.infojus.gov.ar, 26 DE JUNIO DE 2014

TEMA

DEPORTES-USO DE MARCA-DERECHO MARCARIO-PUBLICIDAD ENGAÑOSA:EFECTOS JURIDICOS

TEXTO

1. El derecho marcario también relacionado con el derecho deportivo.

Hace muy pocos días, nos hemos anoticiado que la Justicia en lo Civil y Comercial Federal hizo lugar a una medida cautelar peticionada por la Asociación del Fútbol Argentino y las empresas Santa Mónica de Argentina SA. y Procter & Gamble Argentina SRL (P&G), contra la sociedad Unilever de Argentina SA., tendiente a ordenar el cese de una publicidad que esta última realizaba sobre su producto "ALA", en atención a vulnerarse, mediante este aviso, determinadas normas legales que protegen el uso de la marca de la entidad rectora del fútbol argentino y los contratos suscriptos por ella con las dos personas jurídicas co-accionantes (ID INFOJUS NV 8041).

El aviso publicitario en cuestión -según explica la sentencia de Segunda Instancia mencionada- era susceptible de causar confusión en el público consumidor, asociando la marca "ALA" a un carácter de patrocinador oficial de la Selección Argentina de Fútbol cuando, en verdad, ello no podría ser así, dado que dicha posición es ocupada por la firma conocida como P&G, en virtud de contratos vigentes. La circunstancia acarrea mayor importancia, en atención a la proximidad de la disputa del Campeonato Mundial de Fútbol, máxime cuando en la publicidad de referencia aparecía el subcapitán de la selección, Javier Mascherano.

Si bien se trata de una medida cautelar, se expide sobre la verosimilitud del derecho -cfr. arts. 195 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-, discutiendo el decisorio acerca de distintos presupuestos de procedencia de la acción en base a normas componentes del llamado "Derecho Marcario" y la propiedad intelectual (v.gr. ley 22.362, art. 50 del APDIC -ratificado por nuestro país por la ley 24.425- y concordantes).

Me parece una oportunidad interesante, pues, para evaluar diversos aspectos relacionados con la protección del derecho de propiedad de las marcas en el ámbito del deporte, cuestión que, sin dudas, adquiere cada vez mayor interés desde lo económico.

2. El sponsoreo y su protección jurídica.

El considerando I del fallo señalado en el acápite anterior, menciona expresamente el contrato suscripto entre la Asociación del Fútbol Argentino y "P&G", mediante la cual esta última posee las potestades de utilizar las imágenes y marcas de aquella, en su carácter de "proveedor oficial categoría nacional", asociándola a productos por ella fabricados y comercializados.

Estamos, pues, ante un contrato que puede denominarse "esponsorización" o "sponsoreo" y que ha sido definido como aquél por el cual "un empresario, espónsor, con la finalidad de aumentar sus signos distintivos, entrega una cantidad de dinero, bienes y servicios, al organizador de manifestaciones deportivas, o de iniciativas culturales, de espectáculos televisivos, etc., o de un personaje individual del deporte, del espectáculo (esponsorizado), para que éste publicite, en el modo previsto en el contrato, los productos o la actividad del empresario" (1). En sentido similar, se sostiene que "contrato de esponsorización es el contrato publicitario indirecto por el cual una persona física o jurídica (espónsor), con el objetivo de difusión, entrega una suma de dinero, bienes y/o servicios a otra persona física o jurídica (esponsorizado), a fin de que publicite la actividad, los productos o los servicios del primero y éstos sean percibidos por potenciales consumidores en determinada actividad".(2)

Queda claro que la publicidad o el modo de difundir los productos del sponsor es objeto de pacto contractual y serán las partes quienes lo determinen. En

este caso, el sponsor está facultado al uso de las marcas y emblemas de la AFA, con lo cual, ante una utilización indebida de éstas por un tercero, surge ineluctable la legitimación activa para el reclamo por parte de ambas personas jurídicas.

El fenómeno del sponsoreo es ya usual en el ámbito del deporte, asumiendo diferentes variantes. Es casi imposible imaginar un deporte "superprofesional" como el de nuestros tiempos sin sponsors en clubes, federaciones o asociaciones nacionales e internacionales deportivas e, incluso, en los propios deportistas en determinadas disciplinas. La organización de eventos deportivos -sobre todo cuando son de gran envergadura- sigue similar camino. Esta contratación provee a los protagonistas del deporte de fondos frescos y distintos insumos que, hoy en día, resultan imprescindibles para el desarrollo de la actividad deportiva, sobre todo en el alto rendimiento.

Su trasfondo jurídico es, también, indiscutible. Amén de los derechos y obligaciones asumidos por las partes contratantes, es necesaria la promoción de acciones en defensa de dichos acuerdos ante eventuales vulneraciones por parte de terceros, sobre todo si se trata de empresas competidoras del sponsor. Suele ello formar parte de los instrumentos contractuales que se suscriben, pautándose, asimismo, penalidades para el caso de incumplimiento.

Resulta lógico que así sea. La inversión realizada por los sponsors tiene una marcada finalidad empresarial, como se ha sostenido doctrinariamente.(3) De allí que, ante la amenaza de cualquier violación que pueda sufrir el uso de las marcas comprometidas o el incumplimiento contractual, deban extremarse las medidas necesarias para reparar el eventual daño a producirse, cuestión que queda claramente visualizada en el fallo en análisis.

3. La protección marcaria.

Tradicionalmente, el estudio del llamado "derecho de marcas" o "derecho marcario" ha sido objeto de tratamiento dentro de la denominada "propiedad industrial", esto es, la disciplina que engloba el estudio de institutos jurídicos a través de los cuales se reconoce a los particulares el uso exclusivo de conocimientos, formas o signos y se garantiza la lealtad de la concurrencia industrial o comercial. Y, en esa concepción clásica, "se pueden distinguir los derechos que regula la ley 11.723 (propiedad intelectual (de los de la propiedad industrial, que incluye los institutos clásicos en la materia: las patentes de invención, las marcas y designaciones comerciales, y los dibujos y diseños industriales, tanto los ornamentales como los de modelos de utilidad"(4).

En el Derecho Positivo argentino, una serie de normativas regulan distintas cuestiones. Así ocurre, pues, con la ley 22.362, el decreto-ley 6673/63 y la ley 24.425 (5), entre otras.

A esta altura del desarrollo de la actividad deportiva y la penetración casi indiscutible del marketing en la misma, su aplicación resulta indudable, sobre todo si nos referimos a las marcas de las entidades deportivas (v.gr. clubes, federaciones nacionales e internacionales, etc.).

De hecho, en un trabajo sostuve que "la preocupación principal debiera ser, pues, evitar el uso indebido de la marca, esto es, su utilización (añadiendo los logos, emblemas, etc.) sin que el club preste la autorización expresa al respecto".(6)

Estas violaciones pueden producirse de manera visible -v.gr., falsificación de productos, utilización indebida de las marcas o denominaciones, etc.- o de modo más sutil, generando cierta confusión en el público consumidor.

Si nos detenemos en el Considerando V de la sentencia referida precedentemente, parece ser este último el modo utilizado por la demandada y amerita la adopción de la medida cautelar allí dispuesta, atento las potestades brindadas por el art. 50 del Acuerdo Internacional aprobado por la ley 24.425 al que se aludiera supra.

Además, el potencial consumidor al cual se dirigen las acciones publicitarias posee una protección de carácter constitucional contra el posible engaño al cual pueden estar expuestos. Es éste el sentido que debe otorgarse al artículo 42, primer párrafo, de la Constitución Nacional, donde se dispone 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...". En la misma dirección se

inscriben la ley 22.802 de Lealtad Comercial (art. 9) y el artículo 4° de la ley 24.240 de Defensa al Consumidor.

Estimo que, en la adopción de la medida cautelar dispuesta en el decisorio analizado, el Tribunal sentenciante se ha expresado en el sentido correcto, concordante con la legislación vigente en el país. Sin perjuicio de ello, la posibilidad del desarrollo de nuevos conflictos vinculados con el uso de las marcas en el ámbito jurídico-deportivo está latente y, para ello, habrá que agudizar las defensas y medidas protectorias por parte de entidades deportivas, sponsors, empresas comerciales y deportistas individualmente considerados.

Notas al pie:

1) VICENTE DOMINGO, Elena, El contrato de esponsorización, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 192.

2) BALMACEDA, José R.- CASIMIRO, Gabriela A., Contrato de esponsorización deportiva, Cathedra Jurídica, Bs.As., 2009, pág. 56.

3) Con acierto, BALMACEDA, José . CASIMIRO, Gabriela, op. cit., pág. 54 sostienen que "la finalidad empresarial del contrato...es aumentar su notoriedad (refiriéndose al sponsor); el bienpreciado en todo contrato publicitario, es decir, lograr efecto visual, para luego obtener impacto comercial".

4) EMERY, Miguel Ángel, Propiedad Intelectual. Ley 11.723, 2° reimpresión, Astrea, Bs.As, 2003, pág. 2.

5) La ley 24.425 (1994), aprueba el Acta Final de los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, de la Organización Mundial del Comercio. En lo que es materia del presente análisis, el Anexo 1C refiere al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

6) BARBIERI, Pablo C., Derecho de Imagen en el Deporte, Ad Hoc, Bs.As, 2012, pág. 185.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 26 DE JUNIO DE 2014

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 17.454 Art.195, Ley 17.454 Art.232, Ley 11.723, Ley 22.362, Ley 22.802, Ley 24.240 Art.4, Ley 24.425

Ref. Jurisprudenciales: "Asociación de fútbol argentino y otros c/Unilever de Argentina S.A. s/medidas cautelares", Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal , Sala III , 10/06/2014.

Primeros pasos en el derecho del consumo. (El usuario de servicios de profesionales liberales). Sexta parte

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 22 DE MAYO DE 2014

TEMA

CONSUMIDORES-RELACION DE CONSUMO-PROFESIONES LIBERALES

TEXTO

1. Como es sabido, el párrafo segundo del art. 2º, párrafo segundo, primera disposición de la Ley de defensa del consumidor, n° 24.240 y mod., (LDC), excluye de su régimen a "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" salvo "la publicidad que se haga de su ofrecimiento"; y concluye disponiendo que "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". La exclusión aludida aparece en términos taxativos y absolutos, por lo que vale la pena detenerse a investigar el alcance de la norma citada, atento a la amplitud con que tanto el art. 42, Cons. Nac. y la propia LDC, en su art. 1º, anuncian su carácter tuitivo, respecto de consumidores y usuarios.

2. En efecto, y en primer lugar, cabe señalar que la norma constitucional indicada establece: "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" (Cons. Nac., art 42, párrafo 1º). Estos derechos, tanto primarios (1) como sustanciales (2), como se ve, están reconocidos a consumidores y usuarios respecto de una relación de consumo. El texto constitucional transcrito ha ensanchado, así, el plexo de consumidores, usuarios y relaciones de consumo tutelados por el régimen jurídico respectivo, atento a que la LDC original (ley n° 24.240, anterior a la reforma constitucional aludida), sólo contemplaba, parcialmente, relaciones de consumo de índole contractual y de carácter oneroso siendo que, a partir de la reforma de 1994 no se distinguen en nuestra ley Suprema, protagonistas ni situaciones de consumo particularizados.

3. Por su parte, la LDC, en su versión original, ya contenía la norma excluyente de los servicios de profesionales liberales, la que ha sido mantenida en las reformas posteriores, a pesar del criterio amplio de protección establecido en el art. 42, Cons. Nac., cit. ; esto último, debe entenderse, según el principio de reglamentación legal del ejercicio de los derechos constitucionales establecido en el art. 14, Cons. Nac.

4. De todos modos, como es sabido, el principio de reglamentación indicado, debe ponderarse junto al de no alteración de derechos fundamentales por vía reglamentaria, consagrado en el art. 28, Cons. Nac.; de modo tal que las facultades legislativas de instrumentación de tales derechos se hallan acotadas al respeto de la letra y del espíritu con que fueron plasmados en el texto constitucional.

5. Ciertamente, la aludida reglamentación de derechos reconocidos en la ley Suprema, debe atender, asimismo, a la vigencia del principio de igualdad establecido en el art. 16, Cons. Nac., en virtud del cual, debe darse igual tratamiento legal en igualdad de situaciones, tanto como tratamiento desigual en desigualdad de circunstancias (3), tendiendo, no sólo a evitar condiciones de discriminación sino, al mismo tiempo, a procurar la adopción de medidas afirmativas a fin de asegurar la "igualdad fáctica o real"(4). Volveré sobre este punto.

6. En estos términos, cabe preguntarse si la reglamentación del art. 42,

Cons. Nac., en lo pertinente, por medio de la LDC, altera el criterio con que el constituyente ha plasmado, en la norma citada, la defensa y protección de los derechos consumatarios; y si, con ello, el art. 2º, LDC, en comentario, a la par que excluye de su régimen la actividad en sí de los profesionales liberales - no así los aspectos publicitarios -, desprotege a los usuarios de tales servicios al no brindarles la cobertura tutelar que dicha normativa prevé; esto es, si la exclusión de los servicios prestados por "profesionales liberales con título universitario y matrícula oficial" (5), al excluirlos de la aplicación del régimen de defensa del consumidor, les resta protección a los usuarios de los mismos, siendo que ésta constituye el fin del legislador (6).

7. Según entiendo, las inquietudes planteadas pueden responderse mediante la ponderación de los principios constitucionales antes referidos; en particular, el principio de igualdad ya que, un trato discriminatorio, alterando los derechos constitucionalmente establecidos, en perjuicio de sus beneficiarios, desplazaría la aplicación de la normativa legal que los haya reglamentado - en nuestro caso, la disposición excluyente del art. 2º, LDC -.

8. En apoyo de tal exclusión puede sostenerse, p. ej., que, siendo objetivos implícitos del legislador la protección de "situaciones alcanzadas por la incertidumbre de los `intereses difusos" (7), se justifica que, no obstante que los actos de publicidad de los servicios profesionales quedan regulados por la normativa consumerista, su actividad, en sí misma, sea apartada de ella, pues tales servicios son contratados por el usuario por selección y decisión de éste, creándose un vínculo directo con el profesional, mientras que, por el contrario, la publicidad implica una oferta al público apta para confundirlo o engañarlo (8).

9. Bien, al argumento recién expuesto, puede oponerse la circunstancia que, aun cuando se aplique en la materia el principio de comunicabilidad de consumidor a consumidor, de usuario a usuario (9) en cuya virtud, conforme al conocido fallo de Corte Suprema "Halabi", de fecha 24/02/2009, se constata "una homogeneidad fáctica y normativa", provocándose lesión a derechos de incidencia colectiva, no por ello tales derechos dejan de corresponder a "intereses individuales", aunque, el solo vínculo directo usuario-profesional, no obsta a la consideración de tales derechos e intereses individuales susceptibles de protección en el ámbito del Derecho consumatario. Asimismo, se observa que no resulta coherente tutelar al usuario por la publicidad que de los servicios profesionales se haga, desprotegiéndolo, al mismo tiempo, respecto de la prestación de los servicios en sí (10). En rigor, la difusión de los intereses en un agregado social consumidor - esto es, intereses que se extienden por los integrantes del colectivo de consumo - no impide la titularidad individualizada de los derechos respectivos, "homogeneizados", fáctica y normativamente, en los términos del fallo "Halabi", citado.

10. También puede argumentarse, a favor de la exclusión bajo estudio, sobre la base de que el profesional liberal presta sus servicios en forma unilateral, fuera de una estructura comercial (11) que profundice el desequilibrio existente en el vínculo proveedor-usuario. Ciertamente, las labores del prestador de servicios profesionales, de rango universitario y con matrícula oficial, en general no suelen asimilarse a una actividad de índole comercial (12); sin embargo, merece destacarse, en primer lugar, que la propia LDC, en su art. 2º, párrafo 1º, sólo exige que las "actividades de producción...de...servicios", se desarrollen "de manera profesional", sin referirse, necesariamente, a la comercialidad de las mismas (13); siendo que, además, admite, en la categoría de proveedor, a personas "de naturaleza pública" (LDC, norma cit.); y, en segundo lugar, queda claro que la prestación de servicios profesionales dentro de una estructura funcional y jurídicamente organizada (14) atribuye, acabadamente, el carácter de proveedores a quienes la integran (15).

11. De todos modos, debe señalarse que las estructuras organizacionales mencionadas, en sí mismas, se constituyen en proveedoras de servicios en los términos de la LDC pues, ciertamente, el usuario de tales servicios ingresa a dichos ámbitos de atención con una marcada predisposición de confianza (buena fe-creencia) hacia la institución respectiva, propia del consumidor final frente a su proveedor, enmarcada en un vínculo consumatario (16). En estos

términos, rige el principio de buena fe-transparencia del Derecho del consumo, en cuya virtud, "la apariencia - estado objetivo- manifestado por una parte de la relación - en nuestro caso, el proveedor -, justifica la "creencia - estado subjetivo - de la otra parte - en nuestro caso, el consumidor/usuario"-, siendo que, además, atento a la particular situación de éste " - que deviene hiposuficiente (17) -, el principio de buena fe se acentúa como un débito predominantemente en cabeza del proveedor" (18).

12. En consecuencia, los servicios profesionales excluidos del régimen consumerista, conforme al art. 2º, LDC, quedarían reducidos a los supuestos de actividades de dicha índole, desarrolladas en la soledad del consultorio, la oficina o el estudio particulares, unipersonales, sin estructura suficiente para integrar o conformar "un grupo económico" (estructura jurídico/económica-operativa), "que ahonde su supremacía ante su cliente (19), al tiempo que incrementa la buena fe-creencia de éste.

13. En estos términos, cabe preguntarse si es tal la supuesta "desprotección" del usuario de servicios prestados por los profesionales aludidos, en las condiciones indicadas. Porque se ha dicho, con razón, que es en estos casos, precisamente, donde debe ponerse énfasis en el control de calidad e información, y prevención de abusos - es decir, en la actividad misma y no sólo en la publicidad que de ella se haga - en que pudiere incurrir el prestador de dichos servicios (20).

14. Parte de la respuesta a tal interrogante quedó esbozada en el párrafo que antecede, ya que, la publicidad de los servicios - incluyendo los de profesionales liberales -, como se dijo, está regulada por el régimen de defensa del consumidor (LDC, art. 2º, cit.).

15. Ahora bien, la temática publicitaria comprende, en primer orden, cuestiones relativas a un derecho primario del consumidor/usuario, a saber: la libertad de elección (21), entendida ésta, en sentido genérico, como la facultad del consumidor/usuario de decidir "qué bienes o servicios adquirir o contratar, con quién hacerlo, y bajo qué condiciones, dentro de lo que el mercado en el que opera puede ofrecerle"(22) y, en particular, como "la facultad del consumidor para seleccionar, y adquirir y/o contratar, de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado al que accede, aquéllos que él prefiera"(23)(24). Estas facultades se pueden ver seria y negativamente alteradas al vulnerarse la buena fe-creencia (25) mediante la actividad publicitaria - engañosa o falsa, malintencionada en suma (26) - que el proveedor desarrolle, desembocando en una elección - y consecuente decisión de consumo - equívoca, desacertada, en todo caso, incongruente con una cabal preferencia del consumidor (27).

Entiéndase que estas circunstancias aluden, si se quiere y en principio, a una valoración "ex ante" de la conducta del proveedor -su despliegue publicitario- en tanto se refiere a acciones realizadas con el fin de captar la voluntad del público consumidor, previo a su elección y decisión de consumo; de modo tal que, en este supuesto, no influyen factores de valoración propios del cumplimiento efectivo de lo prometido por parte del proveedor, y consecuente satisfacción de las expectativas despertadas en el consumidor, circunstancias que se producen con posterioridad. En consecuencia, se trata de "promesas" del proveedor, de imposible cumplimiento, o realizadas en términos vagos, ambiguos - confusos, en suma- que pueden llevar al consumidor a elecciones y decisiones de consumo incoherentes con aquello a lo que realmente aspira. En rigor, como se ve, se trata de exigir al proveedor, en materia de publicidad, la observancia de una suerte de buena fe de mera acción o conducta - correspondiente a la buena fe-creencia del consumidor - que no requiere el cumplimiento o el logro del esfuerzo o resultado profesional comprometidos; esto así pues la publicidad desplegada en estos casos, ya constituye, de por sí, "mala prohibita", conforme a la normativa consumerista aplicable.

16. En efecto, el art. 42, Cons. Nac., consagra el derecho de consumidores y usuarios "a la libertad de elección"(28). A su turno, la LDC establece condiciones obligatorias de la oferta dirigida "a consumidores potenciales indeterminados" - titulares de intereses difusos - (art. 7º, ley cit.); e

impone la persistencia de los efectos de la publicidad o anuncios en medios de difusión - esto es, que los términos de la publicidad o anuncios efectuados, obligan al proveedor (art. 8º, ley cit.); asimismo, se sanciona el despliegue de conductas del proveedor, de índole intimidatorio (art. 8º bis, ley cit.). Por su parte, el art. 9º de la Ley de lealtad comercial, n° 22.802, reza expresamente: "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 característica o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios"; ciertamente, estas prácticas desleales afectan, al mismo tiempo, tanto la libre elección de consumidores y usuarios, como la libre concurrencia de proveedores en el mercado (29).

17. Sin perjuicio de ello, en la medida en que la publicidad falsa o engañosa, al motivar actitudes del consumidor/usuario puede imponer a éste la adopción de elecciones desacertadas, aquélla incide negativamente en sus intereses económicos, los que, como se sabe, son también objeto de defensa y protección por parte de la normativa consumataria (30).

18. En este sentido, el propio art. 42, Cons. Nac., reconoce el derecho de consumidores y usuarios "a la protección de sus intereses económicos" como, asimismo, "a la calidad y eficiencia de los servicios públicos"(31). Se tiende "a preservar los medios adecuados para la satisfacción de las necesidades humanas, en particular, en sus aspectos patrimoniales"(32). En nuestro caso interesa, en particular, la protección normativa de aspectos previos a la posterior relación profesional-usuario, referidos la "afectación de los condicionamientos de la contratación" respectiva (33); se invoca, en estos supuestos, la incidencia de la denominada "publicidad inductiva" tendiente a captar la atención del público en el sentido pretendido por el proveedor, desembocando, como se dijo `suprao, en elecciones y decisiones desacertadas - y, eventualmente, perjudiciales - del usuario (34). Estas circunstancias previas o pre-contractuales se rigen por la LDC e incumben, en sede administrativa, a la autoridad de aplicación de la misma (art. 2º, párrafo segundo, primera disposición, LDC, cit.).

19. Entonces, queda en pie, todavía, la cuestión relativa al régimen aplicable a la actividad propiamente dicha, esto es, el ejercicio en sí de los servicios de profesionales liberales, prestados unilateralmente, sin estructura jurídico funcional desarrollada, etc., en los términos del art. 2º, LDC, cit.

20.- Sobre este particular, en primer lugar, conviene señalar que la materia relativa a ética profesional está regulada, en principio, por la normativa cuya jurisdicción se reserva a las autoridades institucionales (colegios, consejos, asociaciones profesionales) que ejercen el control de la matrícula respectiva, a través, en general y precisamente, de sus Tribunales de ética (35); tanto como los aspectos atinentes al funcionamiento de aquélla; con control judicial suficiente.

21. En segundo lugar, y con referencia a la responsabilidad profesional estrictamente jurídica (36) frente al usuario, en principio, resultaría inaplicable el régimen de la LDC a tales servicios, en los términos del art. 2º de la misma, cit.; a la par que se instruye a la autoridad administrativa pertinente el reenvío del interesado a la entidad profesional respectiva a los fines de la tramitación de su denuncia (norma cit.). Conviene, entonces, preguntarse cuál es la relación existente entre ambas disposiciones del mismo artículo.

22. En efecto; la primera disposición del párrafo segundo del citado art. 2º, LDC, que excluye los servicios profesionales liberales del régimen tuitivo del consumo, ya estaba prevista en el texto original de dicho cuerpo legal (ley n° 24.240), en tanto que la segunda disposición del mismo artículo y párrafo, fue agregado por la reforma de 2008 (ley n° 26.361). En consecuencia, surge este interrogante: (cuál es la función de este agregado?; o, en otros términos, (cómo debe interpretarse, desde el punto de vista funcional, esta disposición adicionada al texto original?

23. Una primera interpretación indica, por deducción, que el agregado es una mera consecuencia de la exclusión ya dispuesta en la norma reformada; el razonamiento es éste: los servicios aludidos están excluidos de la ley, por lo tanto, ante un reclamo del usuario, la autoridad de aplicación debe remitir a aquél a la autoridad de la profesión correspondiente, a sus efectos. En este sentido, la disposición adicionada no haría más que instruir, expresamente, a la autoridad de aplicación, sobre el temperamento a seguir en este supuesto; en todo caso, el añadido confirmaría su exclusión lisa y llana de la LDC. (Siempre queda a salvo, claro está, la aplicación del régimen consumatario sobre aspectos relativos a la publicidad que se haga del ofrecimiento de tales servicios.)

24. Una segunda interpretación, sin embargo, admite que el texto agregado, por el contrario, aclararía, confirmándolo, el carácter restringido de la exclusión aludida; ello así atento a que la reforma se refiere a la presentación de "denuncias" por el usuario, debiendo derivarlas a la autoridad profesional competente, "a los efectos de su tramitación" (norma cit.). Pero es del caso aclarar que la "tramitación" de la denuncia aludida sólo puede referirse a materias que sean de competencia de dichas entidades profesionales, por lo que, en consecuencia, esta nueva disposición vincularía la exclusión ya existente en la LDC, únicamente, con el aspecto administrativo del reclamo - con particular referencia al poder sancionador - inhibiendo a la autoridad de aplicación de intervenir según el procedimiento previsto en el Capítulo XII, LDC, incluso, de oficio (37); y sometiendo, en su caso, el supuesto a la competencia de la autoridad de la matrícula respectiva - en la medida de su competencia - si el usuario se presenta ante la misma. En lo excedente -los servicios profesionales en sí mismos, en procedimientos no administrativos (LDC, Capítulos XIII, XIV y XV)- se aplicaría el régimen consumatario.

25. Algunos argumentos adicionales pueden abonar esta segunda interpretación como son: a) el modo amplio en que la LDC concibe tanto al consumidor (art. 1º, ley cit.) como al proveedor (art. 2º, ley cit.), ello en consonancia con el alcance genérico con que la Constitución Nacional concede protección a aquél; circunstancias que justifican plenamente la vigencia del principio genérico, rector en la materia, cual es el pro consumatore (38); y, b) en particular, los principios "in dubio pro consummatore" y "favor debilis"(39). Este último principio - particular respecto del genérico "pro consummatore", que lo comprende - como se sabe, tiende a la protección del más débil en una situación o relación jurídica; ocurre con el trabajador en derecho laboral, con los menores (principio "pro minoris"(40)) y otros incapaces en materia civil, con el imputado/procesado frente a la "maquinaria" procesal estatal, como, asimismo, con el consumidor/usuario frente a sus proveedores; y, como se dijo `suprao, es en casos de prestación de estos servicios profesionales donde se impone una mayor defensa del usuario frente a la marcada supremacía del proveedor (41). Respecto de la vigencia del principio particular "in dubio pro consummatore", podrían esbozarse dos posiciones: una, según la cual, para acceder a la aplicación de dicho principio, sería necesario que, previamente, se estime procedente la aplicación de la LDC, cuyo art. 3º lo consagra; de modo tal que no resultaría aplicable tal principio a una situación excluida, precisamente, del régimen consumerista, por la propia LDC; por su parte, una segunda posición al respecto, admite que, al resultar discutible la interpretación sobre el alcance de la exclusión prevista en el art. 2º, LDC, cit. - en los términos planteados `suprao- debe aplicarse el principio "in dubio pro consummatore", consagrado en el art. 3º, LDC, cit., pues, precisamente, se estaría debatiendo una situación localizada en la propia LDC - su art. 2º - la que, por aplicación del "in dubio" debe resolverse a favor del consumidor/usuario, esto es, por su inclusión en dicho sistema tutelar respecto de la labor profesional liberal, no sólo en materia publicitaria sino también respecto de los servicios en sí, excluidos los supuestos de infracción a normas de índole ética, como se dijo `suprao.

26. De todos modos, existen otras líneas de argumentación posibles, tendientes a avalar la exclusión en comentario. En efecto, podría sostenerse, en primer término, que incluir al profesional liberal en un régimen normativo de índole consumerista, atentaría contra la dignidad y decoro de aquél, dado

el carácter comercialista o cuasi-comercialista que, en general, se atribuye al colectivo de proveedores dentro de la estructura de consumo (42).

27. Al respecto, en primer lugar, conviene recordar que la integración del profesional universitario en una organización comercial - particularmente bajo una forma societaria - habilita considerar la conexión cliente-profesional como una relación de consumo, "sin perjuicio del matiz profesional del vínculo y de la aplicación de las normas técnicas que resulten pertinentes (vgr. normas rectoras del ejercicio profesional)"(43). Pero, además, aun respecto del ejercicio profesional en sí - individual o asociado - creo que en nada desmerece al prestador de servicios con conocimientos universitarios, su inclusión en la red de provisión dentro de la estructura de consumo, pues, en todo caso, su dignidad y decoro dependerá de la lealtad y eficiencia con que preste su labor, sea donde fuere que ésta le sea requerida. Y creo, también, que esto es particularmente cierto en materia de responsabilidad, circunstancia ésta que siempre implica para el profesional universitario un marcado sentido de aptitud y cuidado - arg. arts. 512 y 902, Cód. civ. - más allá del ámbito conceptual en que se lo ubique. Volveré sobre este punto.

28. En segundo término, puede argumentarse que cada profesión universitaria se ejerce dentro de un marco de pautas y detalles técnicos que les son propios. Esto, sin duda, es cierto; el principio del estudio disciplinar (44) se desarrolla en cúmulos de conocimientos y experiencias diferenciadas, que hacen de cada profesión un ámbito de incumbencias propias, particularizadas, parcelarias, compartimentadas, de saberes tabicados (45), con sujeción a vicisitudes técnicas que convierten a los profesionales respectivos en "conocedores de lo suyo", con ámbitos de competencias exclusivas y excluyentes y, con frecuencia, intransferibles. Las especificidades de tales "tecnicismos" vienen caracterizando al conocimiento científico y tecnológico, y justifican, en materia procesal, la práctica de pericias especializadas (46). En estos términos, parecería prudente mantener al margen del régimen consumatario la regulación de los servicios profesionales liberales, atento a la particularidades técnicas que les son propias, como queda dicho: la disposición excluyente del párrafo segundo del art. 2º, LDC, cit., cumpliría ese cometido. Sin embargo, y en primer lugar, conviene recordar que, llegado un caso de responsabilidad profesional a los estrados judiciales, en general, el juez o el tribunal suelen contar con conocimientos jurídicos, exclusivamente, motivo por el cual siempre requerirán de asistencia pericial específica (C.P.C.C.N., art. 457, cit., y 476) la que deberá, necesariamente, abocarse a los aspectos técnicos del caso. Pero, además, siendo que, como se señaló `suprao, tanto en materia de ética profesional como de funcionamiento de la matrícula respectiva las cuestiones que se planteen serán dilucidadas por las autoridades específicas pertinentes, la temática referida a la prestación de servicios en sí implicarán, por regla general, la responsabilidad civil del prestador frente al usuario (cliente, paciente, etc.), razón por la cual es el régimen aplicable a este aspecto - capital, por cierto - de la actividad profesional, el que se debate.

29. A este respecto, entiendo que es posible distinguir entre una responsabilidad `in faciendoo y una responsabilidad `ex post factoo. En efecto - y esto, en principio, vale para la prestación de cualquier tipo de servicios -, existe responsabilidad del prestador en la actividad, diríamos, o sea una responsabilidad al momento de prestar los servicios (que, por eso, llamo `in faciendoo); y una responsabilidad con posterioridad a la prestación del servicio (que llamo `ex posto), es decir, por lo que ya se hizo. En ambos casos, las responsabilidades son de índole bilateral, ya que afectan tanto al prestador como al usuario de los servicios prestados; en efecto, en el primer sentido (`in faciendoo), en tanto el prestador debe ser responsable de lo que hace incumbiéndole a él adoptar, con celo y aptitud, los recaudos necesarios para cumplir su cometido, al usuario, por su parte, le interesa que aquél adopte tales recaudos, esto es, que sea "responsable" (en sentido técnico profesional) en su tarea. Pero, además, una vez prestado el servicio, al tiempo que el prestador es responsable (en el segundo sentido indicado, `ex posto) por lo que hizo - y cómo lo hizo -, al usuario también le interesa que aquél "responda" - en sentido técnico jurídico) por las consecuencias de su labor a su respecto, incluya ésta o no, resultados concretos (47).

30. Bien, como se advirtió con anterioridad en este trabajo (ver `suprao n° 27), incumbe al profesional liberal universitario y con matrícula bajo control institucional, una acentuada responsabilidad, en los términos de los arts. 512 y 902, Cód. civ., cit.; ello así pues tanto "las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar", como "el mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas", califican - agravándola, según entiendo - la responsabilidad, tanto `in faciendoo como ex posto de dichos prestadores de servicios.

31. En consecuencia, resulta oportuno destacar que, como se manifestó `supra o, no es tanto el marco conceptual en que se ubique la responsabilidad de tales profesionales el que guía las soluciones de cada caso, pues la propia índole de los servicios prestados, en los términos expuestos, ya parece encontrar cabida adecuada en la normativa general en la materia, sin perjuicio, claro está, de que la inclusión o no de aquéllos en el régimen consumatario, quede abierta a debate.

32. De todos modos, algunas otras circunstancias, además de las apuntadas, aproximan aún más y sin esfuerzo, el tratamiento de la responsabilidad profesional a la normativa consumerista; en efecto, señala LOWENROSEN (op cit) algunas características que hacen a la inversión de la carga de la prueba al juzgar dicha responsabilidad, siendo que el profesional debe acreditar que: "lo alegado y pretendido por su cliente resulta improcedente; lo optado por él, en el marco del servicio que brinda, resulta consecuente con las reglas del arte, de la técnica y de la ciencia de que se trate; su actuación se ajustó estrictamente a las pautas técnicas y legales pertinentes"; según este autor, esta situación comprende, asimismo, el supuesto en que el profesional integra una organización societaria. Sin necesidad de demasiado análisis, fácil es concluir en que estas circunstancias particularizan el principio de las cargas dinámicas conectado con las exigencias probatorias del art. 53, LDC, (dentro del principio `favor debilis(48)) que establece que "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 juicioy.

33. Ahora bien, aquella interpretación restrictiva esbozada en los apartados 24 y 25, `suprao, - que reduce a su mínima expresión la norma excluyente - plantea nuevos interrogantes en cuanto a la irretroactividad de la ley, de momento que la disposición sobre reenvío a la autoridad de la matrícula respectiva fue introducida a la LDC mediante ley n° 26.361, B.O. 7/4/2008; por lo tanto, cabe indagar qué régimen resultaría aplicable a situaciones de servicios prestados con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma.

34. En una primera postura puede sostenerse que, si bien la reforma restringe al máximo los casos de exclusión de los servicios profesionales liberales, lo hace `ex nunco, esto es, con efecto inmediato pero con relación a supuestos que tengan lugar con posterioridad a su entrada en vigencia.

35. Una segunda postura, por el contrario, entendiendo que la nueva disposición es meramente aclaratoria, es decir, que simplemente fija la interpretación que debe darse a la norma de exclusión - salvo, claro está, el caso de cosa juzgada (49) - considera que ésa es la inteligencia que siempre debió darse a aquélla - criterio `ex tunco -; indicando, al mismo tiempo, el procedimiento a seguir por la autoridad de aplicación, como se dijo `suprao. No obstante, a esta posición podría oponerse la circunstancia de que la ley n° 17.711, al mismo tiempo que reformó el art. 3° del Código Civil -sobre irretroactividad de la ley -, derogó el art. 4° del mismo, que establecía, `contrario sensuo, la retroactividad de las leyes aclaratorias o interpretativas, por lo que éstas no escaparían ahora a la regla general de la irretroactividad (50). Sin embargo, resultando esta última una elaboración doctrinaria, que arroja una interpretación meramente "implícita" - pues anuda la sanción del nuevo art. 3°, Cód. civ., a la derogación del anterior art. 4° del mismo cuerpo legal - queda en pie el interrogante acerca de la aplicación temporal de la reforma al art. 2°, LDC, cit., en los términos planteados; y, en este sentido, reverdece la cuestión relativa a la aplicación - o no - del principio "in dubio pro consummatore" del art. 3°, de dicha ley, cit. En

consecuencia, de sostenerse la aplicación de este principio, respecto del alcance retroactivo del agregado al art. 2º, LDC, cit., habrá de concluirse en que la interpretación de restricción máxima a la exclusión de los servicios profesionales liberales alcanza, incluso, a situaciones y relaciones anteriores a la reforma del año 2008.

36. No obstante ello, aun afirmando la improcedencia de una tal interpretación retroactiva, cabe señalar que la irretroactividad de las leyes, establecida en el mencionado art. 3º, Cód. civ., no es absoluta. En efecto, dicha norma establece que "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes". Por ello, aun cuando el hecho generador de tales situaciones y relaciones jurídicas haya tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley respectiva, sus consecuencias - en la medida en que subsistan o aún no se hayan producido - se rigen por la nueva ley, con efecto inmediato (51)

37. En estos términos, y siguiendo la línea trazada en los apartados anteriores de este trabajo - responsabilidad del profesional respecto de actos de publicidad, ética profesional, funcionamiento de la matrícula, y prestación de los servicios-, restaría dilucidar en qué consistirían las consecuencias de la prestación de los servicios profesionales, susceptibles de ser alcanzadas ahora por la normativa consumataria, conforme al art. 3º, Cód. civ., cit., y en virtud de la interpretación restringida que se realiza `suprao, sobre la base de la aclaración introducida por la reforma de 2008 al art. 2º, LDC.

38. En virtud de la doctrina del "consumo jurídico"(52), quedan fuera de la nueva regulación tanto las situaciones y relaciones jurídicas como sus consecuencias ya consumadas al momento de la reforma, regidas por la ley en su texto original, ya que aquéllos "agotaron la virtualidad que les es propia" (53). En estos términos, los hechos "en curso de desarrollo" y "las consecuencias no consumadas de hechos pasados", son regulados por la ley reformada (54).

39. "Consecuencias", alude a "derivaciones fácticas", esto es, "contingencias de hecho", de una relación o situación antecedente; así, en materia de responsabilidad extracontractual, en principio, no operaría la interpretación retroactiva de la nueva ley (55): el hecho generador de responsabilidad y sus consecuencias fácticas ya se consumaron. En materia contractual, sin embargo, se verifican algunos supuestos de aplicabilidad retroactiva de la ley reformada, en virtud de mediar consecuencias "fluyentes" que, si bien provienen de hechos ya consumados, tienen lugar durante un "tiempo fecundante" - que coincide con la vigencia de la nueva ley -; tal, en materia de variación de intereses y alquileres, p. ej.(56).

40. Ahora bien, mencioné con anterioridad (`suprao, ap. 35) el argumento a favor de la exclusión que toma en cuenta la derogación del ex art. 4, Cód. civ. que, textualmente, establecía: "las leyes que tengan por objeto aclarar o interpretar otras leyes, no tienen efecto respecto de los casos ya juzgados"; de esta norma se infería, `a contrariioo, que la ley aclaratoria/interpretativa se aplica con efecto retroactivo - salvo que haya recaído la cosa juzgada - "como si formara un solo todo" con la ley aclarada/interpretada (57). A este respecto, si bien, en principio, el indicado no es un argumento "fuerte" ya por las razones allí expuestas, puede añadirse, con LLAMBIAS, que "esa derogación no altera la posible retroactividad de las leyes aclaratorias"; éstas no constituyen "leyes nuevas", se confunden con las leyes aclaradas/interpretadas; es más, desde el punto de vista práctico: "al eliminar las posibles interpretaciones de una ley anterior por la que fija la ley interpretativa, el legislador impone retroactivamente la significación de la norma que ha adoptado"(58) - aun cuando el legislador no lo diga expresamente -.

41. A su turno, la conocida "reforma Borda" de 1968, cit., también derogó el ex art. 5, Cód. civ., el que, textualmente, rezaba: "ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público"; `ergoo: una ley de orden público podía ser retroactiva - salvo tratándose de derechos bajo garantía constitucional (59)-. Sabido es que la LDC es de orden

público (60), tanto como, en consecuencia, sus normas modificatorias. Sin embargo, con anterioridad y, con mayor razón aún tras la derogación del art. 5º, Cód. civ., cit.(61), aquella sola circunstancia parece no resultar suficiente a fin de considerar la retroactividad de la nueva ley, salvo manifestación expresa del legislador.

42. Sea como fuere, las leyes de orden público - como son las del consumo - son aplicables a los contratos en curso de ejecución (arg. art. 3º, Cod. Civ.)

43. Es de hacer notar, además, que en el Anteproyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de la Nación, P.E.N. (actualmente en tratamiento en el Congreso Nacional), en materia de relaciones de consumo, también se aplican las nuevas leyes supletorias, en tanto sean más favorables al consumidor. Se trata de un dato relevante que debe ser debidamente ponderado y, en su momento, aplicado.

43. Es del caso señalar, `obitero, que las normas procesales son de aplicación inmediata a las causas en curso, aun tratándose de situaciones o relaciones jurígenas anteriores a la vigencia de aquellas(62).

44. Sea como fuere, la exclusión del mentado art. 2º, LDC, tiene carácter objetivo y de orden público; por ello, prescindente de la voluntad en contrario de las partes interesadas.. Lo primero, ya que, en todo caso, lo excluido del régimen consumeril son los servicios prestados en ejercicio de las profesiones respectivas, en los términos indicados en dicha norma; lo segundo, en tanto la disposición aludida integra el régimen de la LDC, por lo que le afecta la declaración del art. 65 de la misma en tal sentido. En consecuencia, los servicios profesionales correspondientes quedarán incluidos en (o excluidos de) la normativa consumataria por el solo imperio de la ley; de esta manera, en principio y en la medida en que se admita la exclusión en comentario - y en qué grado - no podría aceptarse la adhesión voluntaria de un tal profesional al sistema arbitral de consumo, ni reclamos del consumidor/usuario en dicha sede (63) ni ante las asociaciones de consumidores (64). A su turno, como es sabido, en sede judicial rige el principio `iura novit curiao que admite la adopción de criterios interpretativos alternativos, contando asimismo el magistrado con facultades propias para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

45. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, queda claro que el usuario, si entiende que, en su caso, la exclusión de los servicios profesionales liberales del régimen consumatario, vía art. 2º, LDC, cit., perjudica su situación jurídica en comparación con la de prestatarios de otros servicios - incluidos en la normativa de la LDC -podrá invocar que se vulnera el principio de igualdad del art. 16, Cons. Nac., cit., a su respecto, accionando en consecuencia. Esta circunstancia, de ser observada por el juez o tribunal intervinientes, puede ser explicitada de oficio, atento al carácter de orden público de la normativa de consumo, resolviendo en consecuencia.

46. La situación recién referida surgirá, entre otros factores, de la compulsa entre las ventajas y desventajas para los intereses del usuario de servicios profesionales, que emerjan, comparativamente, de la normativa consumerista y de otro/s régimen/es que se reputen aplicables al caso; si éstos conceden menores ventajas o mayores desventajas para el usuario de los servicios profesionales excluidos por el art. 2º, LDC, cit., respecto de los usuarios de los servicios incluidos en el régimen tutelar, puede invocarse un tratamiento desigual para casos sustancialmente iguales en los términos del mencionado art. 16, Cons. Nac.

47. Por cierto, el temperamento sugerido puede chocar con el argumento siguiente: en rigor, si bien - adaptando la consabida fórmula - "todos somos usuarios", es posible considerar a los usuarios según qué tipo de servicios empleen; en este sentido, en los términos del art. 16, Cons. Nac., la "igualdad" debería computarse para los usuarios de una misma categoría de servicios - p. ej., los usuarios de servicios profesionales liberales -; y, en la medida en que la exclusión del régimen de consumo lo es para todos esos usuarios no habría, en principio, discriminación legal al respecto.

48. El argumento expuesto no carece de cierta fuerza de persuasión atento a que, como se sabe, el principio preconiza la igualdad "de los iguales" y, en este caso, los "iguales", a los que se dará el mismo tratamiento - la exclusión de la normativa consumerista -, serían todos - y cada uno de - los usuarios de esos servicios calificados. En estos términos, si se acepta la "categorización" de usuarios según el tipo de servicios de los que son prestatarios, como se dijo `suprao, poco parece ser el margen de contra-argumentación posible que quede. Sin embargo, según entiendo, si bien puede adoptarse el criterio taxonómico aludido a los efectos expositivos, creo que debe repararse en los particulares condicionamientos a que se hallan sometidos los integrantes de una tal "categoría" como la indicada. En efecto, quedó dicho `suprao que la supremacía del profesional respecto del usuario de sus servicios se ve enfatizada respecto de otros vínculos "prestador-prestatario", atento a que los conocimientos y experiencia de aquél pesan sobremanera al momento de evaluar las asimetrías y desequilibrios relacionales existentes, focos de posibles iniquidades y manipulaciones. Si esto es así, entonces, procedería dar curso al planteo indicado en esta exposición, ya que, si corresponde reconocer el reclamo de igualdad de trato en igualdad de condiciones, los excluidos - usuarios de servicios profesionales - puede aspirar, cuanto menos, a igualar el nivel de tratamiento respecto de los incluidos - usuarios de otros servicios -.

49. Recapitulando lo expuesto:

1) La LDC, art. 2º, excluye de su régimen a los servicios de profesionales liberales con título universitario y matrícula oficial.

2) La misma norma establece que, ante una denuncia de consumidores/usuarios, la autoridad de aplicación de la LDC, debe indicarles cuál es la autoridad de la matrícula respectiva, a los fines de su tramitación.

3) No obstante, conforme a dicha norma, la publicidad referida a dichos servicios, está sujeta a la normativa consumataria.

4) Nuestra Constitución Nacional, en su art. 42, introducido por la reforma de 1994, ensanchó el plexo de derechos del consumo, respecto de la normativa de la ley nº 24.240 - texto original de la LDC -.

5) La LDC constituye la reglamentación legal de dichos derechos constitucionales ("principio constitucional de reglamentación" del art. 14, Cons. Nac.).

6) Esa reglamentación legal (LDC) debe ponderarse con el "principio constitucional de no alteración de derechos fundamentales por vía reglamentaria" del art. 28, Cons. Nac.).

7) El interrogante básico en esta cuestión propone dilucidar si la exclusión del art. 2, LDC, implica la desprotección de los usuarios de servicios de profesionales liberales, al apartarlos del régimen tutelar del consumo.

8) Que los intereses de los usuarios sean "difusos" (lo que justificaría que solamente la publicidad de los servicios profesionales liberales - y no los servicios en sí - esté regida por la LDC) no les quita el carácter de individuales, aunque homogéneos, en correspondencia con derechos de incidencia colectiva (C.S.J.N., fallo "Halabi").

9) Las estructuras funcional y jurídicamente organizadas, se constituyen `per se, en proveedores de servicios, sujeta su actividad profesional al régimen de la LDC, pues el usuario se acerca a ellas con una cierta predisposición de confianza, que se corresponde con la buena fe-creencia que deposita en la institución respectiva.

10) En principio, los servicios profesionales excluidos del régimen consumerista se limitarían a aquellos prestados unilateralmente, por fuera de estructuras operativamente organizadas que, acrecentando la buena fe-creencia del usuario, profundizan la supremacía profesional frente a él.

11) La publicidad puede afectar tanto la libertad de elección como los intereses económicos del usuario.

12) En todo caso, la publicidad comprende solamente aspectos previos a la relación prestador-prestatario de los servicios, por lo que se le exige al prestador la observancia de una buena fe de mera acción o conducta - correspondiente a la buena fe-creencia del consumidor, en todo aquello que "promete" al usuario.

13) En particular, se previene contra la denominada "publicidad inductiva" que, captando la atención del público, puede derivar en decisiones de consumo desafortunadas.

14) El deslinde de responsabilidades en materia publicitaria, en sede administrativa, corresponde a la autoridad de aplicación de la LDC.

15) En cuanto a la prestación de los servicios profesionales en sí, se advierte, en primer lugar, que la temática referida a ética y funcionamiento de la matrícula, compete a las entidades profesionales específicas.

16) Pero, además, como se dijo, los servicios profesionales, individuales, unilaterales, etc., en su faz estrictamente jurídica también quedan, en principio, excluidos del régimen de la LDC y, en caso de denuncia, el art. 2º, LDC, cit., remite a dichas autoridades - en la medida en que resulten competentes - según reforma de 2008.

17) Una interpretación funcional que conecte el agregado a dicha norma con la exclusión ya contenida en la misma, concede a la reforma carácter aclaratorio de la exclusión referida, en sentido restringido pues comprendería sólo el aspecto administrativo del reclamo (denuncia), inhibiendo a la autoridad de aplicación a intervenir conforme al procedimiento previsto en la LDC; más aún tratándose de actuación de oficio.

18) Algunos argumentos adicionales a esta interpretación restrictiva de la exclusión: a) la LDC concibe con amplitud tanto el concepto de usuario (art. 1º) como el de proveedor (art. 2º), en consonancia con el art. 42, Cons. Nac.; b) estas circunstancias habilitan la vigencia del principio genérico "pro consumatore" y, en particular, del "favor debilis" - tendiente a enervar la marcada supremacía del prestador profesional frente al usuario - y, `prima facie, el "in dubio pro consumatore", de momento que, abierto a debate el alcance de la reforma al art. 2º, LDC, cit., se plantearía una cuestión atinente al propio régimen consumatorio, por lo que, conforme al principio "in dubio" consagrado en el art. 3º de la misma ley, cabe resolver la situación a favor del usuario, esto es, considerando incluidos a los servicios profesionales liberales en su normativa - con excepción, claro está, de sus aspectos éticos y funcionales de la matrícula (materia de exclusión restringida)-.

19) Dicha inclusión no afecta la dignidad y decoro del profesional universitario; ni los aspectos técnico-especializados de cada profesión inhiben la aplicación del régimen consumerista a los servicios respectivos. Lo primero porque, sin perjuicio de que la actuación bajo forma societaria habilita a considerar el vínculo profesional-usuario como una relación de consumo, la dignidad y decoro de aquél depende de la lealtad y eficiencia con que preste su labor, actúe solo asociado, o como integrante de una estructura organizacional determinada. (Ello con particular referencia a su responsabilidad, enfatizada en los términos de los arts. 512 y 902 del Cód. civ.) Tampoco las características técnicas específicas de la profesión impiden considerar las respectivas relaciones como de consumo, en términos de responsabilidad `in faciendoo (por aquello que el profesional hace al prestar sus servicios; esto es, en sentido técnico-profesional) cuanto `ex posto (por aquello que hizo; es decir, en sentido técnico-jurídico)

20) De todos modos, cuestiones relativas a la inversión de la carga de la prueba, en cabeza del profesional, como son la demostración de la improcedencia del reclamo del usuario, y de que sus decisiones y actuación profesional fueron las adecuadas, invocan el tratamiento de los servicios

liberales bajo la óptica consumataria.

21) Planteado el problema de la aplicación retroactiva (art. 3º, Cód. civ.) de la reforma de 2008, en el sentido de incluir en la normativa de la LDC a los servicios profesionales liberales en sí - además de su publicidad -, respecto de situaciones y relaciones jurídicas anteriores a su entrada en vigencia, se sostiene, en primer lugar, que dicha reforma tiene carácter interpretativo/aclaratorio de la norma excluyente de aquellos servicios - ambas disposiciones "forman un solo cuerpo normativo" -; y, además, resultando conflictivo dicho carácter, se replantea la posibilidad de aplicar el principio "in dubio pro consummatore" del art. 3º, LDC, atento a que se estaría debatiendo el sentido y virtualidad de una norma - agregada - de la propia ley (art. 2º); si esto último es así, debe aceptarse el carácter invocado y considerar, con criterio "ex tunc", que dichos servicios profesionales, en sus aspectos "estrictamente jurídicos" (id est: responsabilidad civil del profesional respecto del usuario), siempre debieron estimarse incluidos en la normativa tuitiva, magüer la aparentemente taxativa exclusión de la disposición consumerista aludida.

22) Las normas de orden público son aplicables a los contratos en curso de ejecución (art. 3º, Cód. civ. vigente).

23) Como dato relevante, se señala que el Anteproyecto de Unificación del Código civil y el comercial, P.E.N. (art. 7º), prevé la aplicación, a las relaciones de consumo, de las nuevas leyes, incluso las de carácter supletorio.

24) La ley aclaratoria (reforma de 2008) fija la interpretación de la ley interpretada (art. 2º, LDC, sin el texto agregado por la reforma) e impone retroactivamente la significación de la norma.

25) Las normas procesales son aplicables a la causas en curso, cualquiera sea el tiempo en que se han constituido las situaciones y relaciones subyacentes.

26) En su caso, la exclusión del art. 2º, LDC, tiene carácter objetivo y de orden público, con prescindencia de la voluntad en contrario de las partes interesadas.

27) Residualmente, queda la posibilidad de que el usuario de estos servicios accione por considerar vulnerado, a su respecto, el principio de igualdad del art. 16, Cons. Nac., en la medida en que, de la comparación entre las ventajas y desventajas que, a su respecto, surjan del régimen tuitivo del consumo y de la normativa que alternativamente se juzgue aplicable a la relación de servicios profesionales en particular, resulte una situación de desequilibrio perjudicial para el usuario (cliente, paciente) con referencia a otros vínculos de consumo, sujetos a la normativa tutelar.

28) Los particulares condicionamientos del vínculo profesional-usuario, que acentúan la supremacía de aquél sobre éste - respecto de otros vínculos de servicios prestador-prestatario -, remarcando la correspondiente asimetría en la relación -, justifican la aspiración del usuario a obtener el trato legalmente igualitario que el texto constitucional impone.

Notas al pie:

1) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor; 7/12/2011; www.infojus.gov.ar.

2) CONDOMÍ, A. M.; El árbitro de consumo ante los derechos sustanciales del consumidor; 20/3/2012; www.infojus.gov.ar.

3) EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL; Tratado de Derecho Constitucional; Tº II; Depalma, 1994.

4) EKMEKDJIAN, M. A., loc. cit.; invocando a BIDART CAMPOS, GERMAN JOSÉ; La recreación del liberalismo; Ed. Ediar, 1982.

5) MICELE, MARIO R.; La ley de defensa del consumidor (Antecedentes, técnica legislativa y viabilidad); LA LEY, 1994-A.

6) MICELE, M. R.; op cit.

7) MICELE, M. R.; loc cit.

8) MICELE, M. R.; ídem nota anterior.

- 9) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; Primeros pasos en el Derecho del consumo. Segunda parte; 25/10/2013, www.infojus.gov.ar.
- 10) Con particular referencia a los servicios médicos, se sostiene que "para juzgar si la publicidad es inadecuada o engañosa, se debe evaluar si cumple lo que promete, controlando los actos" (FONTANES, MARIA J.; Aplicación de la ley de Defensa del Consumidor en la atención médica; Universidad Nacional del Nordeste, Comunicaciones científicas y tecnológicas, 2005).
- 11) LOWENROSEN, FLAVIO ISMAEL; (Es proveedor en los términos de la ley de defensa del consumidor el profesional liberal?; <http://www.mlvm.com.ar>).
- 12) LOWENROSEN, F.M.; op cit.
- 13) Es más, la "comercialización de bienes y servicios" está indicada como un rubro específico en la misma norma.
- 14) Hospital, centro de salud, estudio jurídico, estudio contable, oficina inmobiliaria, farmacia, etc.
- 15) LOWENROSEN, F.M.; loc. cit.
- 16) Con especial referencia a los servicios médicos, ver: CNAp. Civ., Sala A, "T.A.R. c/Clinica Bessone", 11/05/2011; y citas allí indicadas.
- 17) ARIAS CAU, ESTEBAN JAVIER en: "La defensa del consumidor: pasado, presente y futuro a la luz del proyecto de Código civil 2012"; www.bicentenario.unc.edu.ar.
- 18) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte"; 25/10/2013; www.infojus.gov.ar.
- 19) LOWENROSEN, F.M.; op cit.
- 20) LOWENROSEN, F.M., loc. cit; invocando a MOSSET ITURRASPE, JORGE; Defensa del consumidor; Rubinzal-Culzoni Ed.;
- 21) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor; cit.
- 22) CONDOMÍ, A.M.; El árbitro de consumo ante los derechos primarios..., cit.
- 23) CONDOMÍ, A.M.; El árbitro de consumo..., cit.
- 24) El tema de la "preferencia" del consumidor, en términos extraídos de la teoría económica, se conecta con la valoración de la -presunta- "utilidad" que el bien o servicio puede brindarle (Ver. CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; Primeros pasos en el derecho del consumo. (Vicisitudes del consumidor). Cuarta parte; 22/10/2013; www.infojus.gov.ar).
- 25) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor; cit.
- 26) En materia conceptual, puede consultarse: GENTILE, MARÍA VICTORIA; Publicidad engañosa en Argentina: Educando al consumidor; fido.palermo.edu/servicios Diseño y comunicación. Asimismo, resulta provechosa la casuística desarrollada por SURIN, JORGE ALBERTO en Publicidad Engañosa: estudio legal de diferentes supuestos; <http://www.protectora.org.ar/publicidad>.
- 27) En estos supuestos cabe preguntarse, con razón, si tales actos de consumo se ejercen con verdadera voluntad por parte del consumidor, en los términos propios de una teoría general de los hechos voluntarios y de los actos jurídicos, conforma a los arts. 897 y ccs. del Código civil en vigencia.
- 28) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor; cit.
- 29) CONDOMI, A.M.; Primeros pasos...(Vicisitudes...). Cuarta parte; cit.
- 30) CONDOMÍ, A.M.; El árbitro de consumo ante los derechos sustanciales del consumidor; cit.
- 31) Sobre este último particular, conviene recordar que, conceptualmente, se distingue entre "servicios públicos propios" y "servicios públicos impropios", siendo éstos últimos los que corresponden, en general, a aquellos prestados por profesionales liberales (EKMEKDJIAN, M.A.; loc. cit.).
- 32) CONDOMI, A.M.; El árbitro de consumo ante los derechos sustanciales del consumidor, cit.
- 33) Idem nota anterior.
- 34) Ibidem.
- 35) Con particular referencia a la profesión abogadil, ver: CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; Ética profesional: el ejercicio de una sabiduría serena; LA LEY -Supl. Actualidad-, 16/11/2004.
- 36) Buena parte de la responsabilidad "ética" del profesional lo es respecto del usuario; por eso, en lo que sigue en el texto, se prefiere hablar de responsabilidad "estrictamente jurídica", no obstante que, las normas éticas, una vez recogidas por el orden jurídico ya devienen, por ello, en normas jurídicas. En este sentido, compartimos el criterio de HANS KELSEN (Teoría

pura del derecho, 1ª ed., trad. Moisés Nilve; Eudeba, 1971); así como que una misma conducta puede ser objeto, al mismo tiempo, tanto de una norma moral como de una norma jurídica (Teoría pura del derecho; 2ª ed.; trad. Roberto Vernengo; UNAM, México, 1982).

37) Resulta algo paradójico que, la misma reforma de 2008, a la par que confirma la inhibición del poder administrador para intervenir respecto de los servicios profesionales aludidos, introdujera la facultad resarcitoria para el consumidor/usuario por daño directo (LDC, art. 40 bis), ampliando la competencia de aquél.

38) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -primeras aproximaciones; 20/10/2011;

www.infojus.gov.ar

39) CONDOMÍ, A.M.; Reflexiones generales...; cit.

40) SCJBA., in reo: "D., A. c/ D., C. s/ Tenencia"; 26/10/ 2010; ídem, M., J. c/ M., E. s/ Filiación (impugnación de paternidad)", 5/4/2013; inter alios.

41) MOSSET ITURRASPE, citado por LOWENROSEN, F.M.; loc. cit.

42) La red (o cadena) de provisión ubicada dentro de la estructura de consumo (CONDOMI, A. M.; Reflexiones generales..., cit.) suele denominarse, genéricamente, cadena (o red) de comercialización de bienes y servicios.

43) LOWEROSEN, F.M.; op cit.

44) NARVAEZ, RUBEN OSVALDO; Interdisciplina y práctica profesionales. Ed. PUMA; 1997.

45) Siguiendo a MORIN, "en el seno de la esfera tecnoburocrática" el profesional puede devenir en "exper

to", en posesión de "un saber únicamente calculador y estrictamente especializado"; MORIN, EDGAR; El método - Las ideas -; Cátedra, 1992.

46) C.P.C.C.N. "Artículo 457: PROCEDENCIA.- Será admisible la prueba pericial cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada."

47) Ciertamente, estoy haciendo referencia a la debatida cuestión de las obligaciones de "medio" y las de "resultado", cuestión que, al efecto expuesto en el texto, dejo de lado, porque quedan en él comprendidas ambas categorías.

48) CONDOMI, A.M.; Reflexiones generales, cit.

49) ARAUZ CASTEX, MANUEL; Derecho Civil - Parte General -; Tº I; Empresa Tecnicojurídica Argentina; 1965.

50) ARAUZ CASTEX, M.; Derecho Civil - Parte General -, Reforma de 1968; Empresa Tecnicojurídica Argentina; 1968.

51) MOISSET de ESPANES, LUIS; Irretroactividad de la ley y el nuevo Art. 3 (CODIGO CIVIL) (Derecho transitorio); Universidad Nacional de Córdoba, 1976.

52) LLAMBIAS, JORGE JOAQUIN; Tratado de Derecho civil - Parte General; Tº I, (actualizada por Patricio RAFFO BENEGAS), 16ª edición, Ed. Perrot, El maestro civilista se ocupa de aclarar que la retroactividad, siendo "un asunto de prudencia legislativa" constituye "un principio puramente interpretativo", esto es, "una directiva para los jueces" (loc. cit.); de allí el carácter debatible del principio.

53) LLAMBIAS, J.J.; op cit.

54) LLAMBIAS, J.J.; ídem anterior.

55) CARDINI, EUGENIO OSVALDO; Lineamientos de la reforma a la parte general del Derecho civil; Abeledo-Perrot; 1969

56) LLAMBIAS, J.J.; loc. cit.

57) ARAUZ CASTEX, M.; Derecho Civil - Parte General -; Tº I; cit.

58) LLAMBIAS, J.J.; op cit.

59) ARAUZ CASTEX, M.; Derecho Civil - Parte General -; Tº I; cit. Sabido es que el inspirador de la reforma del '68 negaba toda efectividad a dicha norma: BORDA, GUILLERMO ANTONIO ; Derecho Civil - Parte General- , Tº I; Abeledo Perrot, 1999.

60) LDC, art. 65.

61) LLAMBIAS, J.J.; loc cit.

62) PALACIO, LINO ENRIQUE; Manual de Derecho Procesal Civil, Tº I, Abeledo-Perrot, 4ª ed.

Asimismo, BORDA, G.A.; op cit.

63) A todo evento, cabe señalar que resulta discutible la facultad de los tribunales arbitrales de consumo de declarar la inconstitucionalidad de las normas inferiores; cuestión que excede el marco del presente trabajo.

64)Esto no enerva la facultad de tales asociaciones de orientar adecuadamente al consumidor/usuario, aún tratándose de consultas o reclamos sobre servicios profesionales liberales, en los amplios términos del art. 56, LDC.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 22 DE MAYO DE 2014

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.3, Ley 340 Art.4, Ley 340 Art.512, Ley 340 Art.902, Constitución Nacional Art.14, Constitución Nacional Art.16, Constitución Nacional Art.28, Constitución Nacional Art.42, Ley 17.454 Art.457, Ley 17.454 Art.476, Ley 22.802 Art.9, Ley 24.240 Art.1, Ley 24.240 Art.2, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.7, Ley 24.240 Art.8 Bis , Ley 24.240 Art.8, Ley 24.240 Art.53, Ley 24.240 Art.65, LEY 26.361
Ref. Jurisprudenciales: "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", CSJN, 24/02/2009

Alcances legales del denominado Contrato de Asistencia Integral al Viajero

GARCÍA, LILIAN BEATRIZ

Publicación: www.infojus.gov.ar, 16 DE ABRIL DE 2014

TEMA

TURISMO-CONTRATO DE TURISMO-CONTRATO DE ASISTENCIA INTEGRAL AL VIAJERO-
CONTRATOS DE ADHESION-CONTRATO DE SEGURO-CONTRATOS DE CONSUMO-DEFENSA DEL
CONSUMIDOR

TEXTO

La expansión y desarrollo que viene experimentando el turismo como actividad económica desde ya entrado el siglo XX, exige garantizar cualquier inconveniente que pudiera surgir y afectar al pasajero/turista.

Viajar de un territorio a otro implica muchas veces enfrentar un nuevo idioma, una alimentación diferente y produce un impacto cultural que afecta nuestros sentidos. Es algo probable que en esas circunstancias surja la posibilidad de sufrir algún tipo de accidente o enfermedad que afecte nuestra salud, o la pérdida de nuestro equipaje, o la necesidad de contar con algún servicio profesional. Intentando jerarquizar el viaje el operador turístico generalmente ofrece un servicio que desde hace años se conoce en el mundo y en nuestro país: la Asistencia Integral al Viajero.

Es cada vez más común que el pasajero o turista contrate este producto pues se le ofrece al mismo la seguridad de poder contar con servicios que no estaban planificados y que son consecuencia de hechos totalmente aleatorios durante el transcurso del viaje.

La concepción de "asistir" al pasajero implica acompañar, socorrer o cuidar a quien requiere la ayuda por alguna situación que ponga en peligro la posibilidad de gozar de un viaje, que genera para el viajero expectativas, anhelos, y en particular el uso del tiempo libre tan escaso en estas épocas de plena vertiginosidad y exceso de trabajo.

Estas situaciones no previstas que puede padecer el turista son en particular las urgencias médicas, tales como enfermedades, accidentes, internaciones, intervenciones quirúrgicas y odontológicas, gastos de traslado por razones médicas del beneficiario y del familiar en su caso. Se suma otra clase de situaciones no menos importantes como es la pérdida y/o extravío y/o demora del equipaje, gastos por honorarios ante la necesidad de asistencia legal, el traslado del beneficiario en caso de fallecimiento (independientemente de las causas del mismo).

Estas son algunas de las hipótesis que de la simple lectura de las cláusulas contractuales de la AIV y del desarrollo jurisprudencial, han surgido como supuestos posibles con las debidas obligaciones y responsabilidades a cargo de la empresa prestadora del servicio.

Por otra parte el pasajero, viajero y/o turista, al contratar con la empresa comercial (prestadora del servicio de asistencia) tiene la certeza de estar adquiriendo un servicio que lo ampara en todos los aspectos y sin límites, esto es así no ciertamente por las condiciones del contrato sino en especial por la modalidad utilizada en el medio comercial turístico, al ofrecer su compra sin mayor información que la que surge de su propio nombre, acaso por el desconocimiento sobre los alcances de su cobertura.

VOUCHER - INSTRUMENTO PRIVADO:

Con la compra del servicio la agencia de turismo o la propia empresa comercial entrega al pasajero/turista un voucher que constituye el instrumento

privado fundamental, portador de las condiciones contractuales que permiten analizar la conformación de este contrato comercial, y cuya interpretación no ha sido realizada en profundidad.

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO:

Determinar su naturaleza jurídica nos permitirá comprender los derechos y obligaciones que surgen de esta clase de contratos para el beneficiario (pasajero y/o turista) y la empresa prestadora del servicio, así como las responsabilidades y cargas que surgen del mismo. Veremos así que en verdad el contrato de AIV, al igual que el "contrato de seguros" es bilateral, oneroso, y especialmente de carácter aleatorio, en lo que al menos la prestación a cargo de una de las partes está sometida a la condición de que tenga lugar un suceso de acaecimiento incierto. La incertidumbre es un aspecto que hace a su esencia, un ingrediente inexcusable de su estructura. Y si bien el riesgo es incierto por definición, conlleva en sí, empero la posibilidad de su ocurrencia (como principio general en materia asegurativa estas coberturas serían nulas de ser cierto el hecho siniestral o si el mismo se hubiese producido). Es decir ser

incierto pero posible. (1). La contratación del seguro se caracteriza por ser en "masa", con todas las consecuencias que ello significa, contratos tipo y de adhesión, y en particular la supresión de la discusión de los términos contractuales.

De la misma manera el contrato de AIV se caracteriza por ser un contrato tipo y de adhesión, por el cuál el pasajero no ha tenido poder de negociación, solamente se adhiere a las cláusulas predeterminadas con la única posibilidad de adquirir el producto que le ofrecen sin más. Lingüísticamente la estructura y los términos utilizados en el "voucher" (AIV) son similares a cualquier póliza de seguros, contemplando dentro del contrato las condiciones generales y particulares, y dentro de ellas el ámbito de aplicación y validez, el riesgo cubierto, las limitaciones y exclusiones de coberturas surgidas del propio contrato, los derechos, obligaciones y cargas.

Cierta jurisprudencia pone en duda que la Asistencia Integral al Viajero sea un contrato de seguros, por no encuadrar en la tipología que establece la ley 17.418 y no ser objeto de control por parte de la superintendencia de seguros de la Nación (fallo Suarez, Nélide c/Assist Card s/Ord." 2000 "...no reviste la calidad de aseguradora ni las obligaciones asumidas por la misma encajan en la preceptiva de la ley 17.418". Considero sin embargo, que este servicio tiene todas las características de un contrato de seguros. Las obligaciones, cargas y derechos que surgen del contrato que emite la empresa prestadora de servicios, son más que similares, iguales a cualquier póliza de seguros y en consecuencia deberán estar amparados en el marco de la ley 17.418.

La falta de control por parte del Estado a través de la autoridad de control (Superintendencia de Seguros de la Nación), no implica que la AIV no sea considerado un contrato de seguros, sí genera enorme preocupación que el mismo no esté bajo la tutela de la ley 20.091. La misma establece que la autoridad de control incluirá en el régimen de esta ley a quienes realicen operaciones asimilables al seguro cuando su naturaleza o alcance lo justifiquen (art.3 de la ley 20.091). Tal vez sea la hora de analizar su inclusión, más si observamos como los reclamos que aparecen y llegan a la justicia prueba el uso cada vez mayor de este tipo de seguros.

ASISTENCIA INTEGRAL AL VIAJERO Y EL SEGURO COMBINADO:

La realidad se ve reflejada en la práctica asegurativa en la cuál se conforman productos en un sólo contrato con diferentes coberturas.

Esto se produce en los contratos de seguros combinados, que incluye por ejemplo seguros de responsabilidad civil y de personas, combinación arbitraria sometida a tantas disposiciones diversas como riesgos se combinen (2). El más conocido de todos estos productos comerciales es el seguro combinado de automotores el que incluye el seguro de responsabilidad civil, el seguro de robo y de incendio, o los también conocidos en el mercado asegurativo como: el seguro integral para consorcios y el seguro integral de

comercio.

La Asistencia Integral al Viajero reúne las características de un seguro combinado al comprender juntamente el seguro de personas (accidentes personales), con otras coberturas como son la pérdida y/o extravío y/o demora de equipaje, los gastos por honorarios de asistencia legal en los supuestos establecidos en el voucher.- Esta clase de seguro es de practica habitual a pesar de no tener una tipología específica, su combinación es concreta a la luz de los principios y normas de la actividad asegurativa que hoy por hoy también tiene una enorme diversificación en distintas actividades comerciales, dando origen a productos asegurativos diferentes lejos de la regulación que diera origen a la ley de seguros.

EL RIESGO CUBIERTO EN EL CONTRATO DE ASISTENCIA AL VIAJERO:

El contrato de AIV enumera sin un orden taxativo el riesgo asegurable en el "voucher" que se entrega al pasajero, el mismo describe la especificación del evento dañoso, su duración, indicaciones de los bienes, personas y localización espacial de la cobertura. Es importante señalar que en todo contrato de seguros la inexistencia del riesgo o la posibilidad de que el mismo haya desaparecido, o que ya se hubiera producido, generan la nulidad del contrato, conforme los términos del art.3 de la ley de seguros. Esto se aplicaría en el supuesto caso de adquirir un contrato de AIV para un viaje que por alguna razón no se realizare, o ya se hubiera realizado en el período en que fue contratado.

En estas circunstancias nos encontramos con coberturas de "asistencia médica" dentro de los límites contractuales, que por accidentes y enfermedades pudiera sufrir el pasajero. Su ubicación en el marco de los principios generales del derecho de seguros, es perfectamente encuadrada en el denominado seguro de personas, definido como "aquél que garantizan el pago de un capital o una renta cuando se produce un hecho que afecta la existencia, salud o vigor del asegurado" (3)-. No está de más recordar que el accidente se caracteriza por provenir de un factor externo, súbito y violento, siendo limitado por el dolo o culpa grave del asegurado, en cuyo caso el asegurador se libera de responder (conf. art.152 de LS).

En el "voucher" que se le entrega al pasajero, la empresa al referirse a accidente señala a "aquella lesión corporal que pueda ser determinada por los médicos de una manera cierta, sufrida por el titular independientemente de su voluntad, por la acción repentina y violenta de un agente externo en movimiento." En términos generales observamos que nos encontramos con conceptos similares en este aspecto. Recordamos que este seguro se encuentra -seguro de accidentes personales- tutelados en los arts.149, 150 y conc. de LS con los alcances que establece el articulado.

Con relación a las enfermedades que pudiera padecer el beneficiario, si bien representa un riesgo diferente conforme la interpretación en el marco asegurativo, la misma constituye una especie asegurativa autónoma dentro del seguro de personas. En este aspecto el contrato de AIV manifiesta que las obligaciones asumidas por la prestadora sólo regirán por accidentes y/o enfermedades repentinas y agudas contraídas con posterioridad a la fecha de inicio de vigencia del voucher o a la fecha de inicio del viaje, la que sea posterior.

Seguidamente establece la exclusión de toda dolencia preexistente, crónicas o no, conocidas o no por el titular, las enfermedades en curso de tratamiento así como sus consecuencias y agudizaciones.

La única salvedad es que se trate de un "voucher" con mayor cobertura como es el producto ofrecido como "voucher exclusive plus o exclusive". Vemos entonces que la cláusula de exclusión no es aplicada en estos casos, aunque sí se plantea una limitación de cobertura, dado que si bien no cubre la totalidad de los gastos que tuviera el pasajero ante este tipo de enfermedad (preexistentes o crónicas por ejemplo), se fija un tope máximo por viaje conforme a la tabla que adjunta con el mismo.

La problemática que plantea la exclusión de enfermedades preexistentes son variadas. Por un lado existe una falta de información de parte de la empresa

aseguradora y/o agencia de viajes hacia el pasajero, sobre los alcances de las exclusiones de cobertura. Y no es un dato menor pues en verdad hay una franja enorme de personas que cada vez tienen más tiempo libre, mejores condiciones para viajar ,constituyen un sector que se encuentran entre los 60 y 80 y pico de años.

Por eso habrá que estudiar como las aseguradoras manejan las exclusiones de cobertura pues personas mayores de 65 años pueden padecer hipertensión arterial o ser diabéticos, o tener otro tipo de dolencia crónica en tratamiento, con la posibilidad de tener alguna clase de agravamiento durante el viaje o tener una recaída o un desenlace inesperado peor que ocasionará gastos de tratamiento o de internación por ejemplo. (Cómo se cubren estas situaciones ?

A su vez al proceder a la venta del contrato de Asistencia Integral al Viajero privilegiando la venta, no se solicita al pasajero declaración alguna acerca de su estado de salud, circunstancia que generará ante el reclamo del beneficiario de producirse el riesgo, el rechazo por exclusión de cobertura.

Además de los casos de accidentes y enfermedades, la empresa prestadora -aseguradora-, brinda otros servicios con cobertura en los límites del contrato, esto es por ejemplo el pago de gastos y honorarios que ocasionare el servicio de asistencia legal en caso de juicio criminal y civil, en donde se le impute responsabilidad por algún accidente de tránsito, debiendo la prestadora adelantar ante el Tribunal los gastos de fianza si el titular fuera detenido, a efectos de lograr su libertad condicional, hasta el monto máximo conforme la tabla que adjunta el voucher.

LA JURISPRUDENCIA DE NUESTROS TRIBUNALES:

La jurisprudencia evidencia que los reclamos realizados por los beneficiarios de este servicio, son en general referidas a las limitaciones y exclusiones de cobertura, por ejemplo con respecto a las enfermedades preexistentes y sus secuelas, circunstancia muy difícil de probar si tenemos en cuenta que al vender el servicio no se detienen en la edad del pasajero, ni en su condición física ni se le realiza exámen médico alguno. Se privilegia la contratación del producto, sin saber que ante el reclamo concreto seguramente se producirá el rechazo de la cobertura por parte de la empresa aseguradora, y en consecuencia se generará el justo reclamo por parte del pasajero (o asegurado).

Nuestros tribunales en tal aspecto y conforme la modalidad de la comercialización del contrato de Asistencia Integral al Viajero han observado tal circunstancia, y en tal sentido expresan -según la Cámara Comercial en autos "Figowy, Alberto c/Universal Assistance SA s/Sumario" del 18/11/97 /Dres.Butty-Díaz Cordero- "...no consta que el prestador al asumir la cobertura haya tomado recaudo alguno para obtener información sobre el estado de salud de su amparado, y tampoco hay evidencia de declaración espontánea, ni de cuestionario, ni de examen médico. Por ende, la omisión de la empresa de indagar específicamente acerca de dolencias o enfermedades que pudiera padecer o haber padecido el actor, conduce a la conclusión de que, aún si pudiere entenderse que hubo transgresión objetivo al deber de informar, la misma no fue culposa. " En fallo "Scheiner de Natch, Carmen c.Assit Card s/ Ordinario" CNCom., Sala C, 09/08/02, en el cuál una persona fumadora de más de 80 años, sufrió un ataque cardíaco y considerando la empresa que se trataba de una enfermedad crónica o preexistente padecida con anterioridad al inicio de la vigencia de la tarjeta o del viaje, plantea una exclusión de cobertura. La Cámara dice "...cuando Assist Card contrató aquel servicio de asistencia médica de viaje, la Sra.Scheiner de Natch tenía ochenta años edad en que es harto previsible que se generen episodios como el que padeció u otros análogos, aún por factores vinculados con alteraciones en la presión arterial, al ritmo cardíaco o la circulación sanguínea. Si frente a tales eventos se excusara de responsabilidad de la empresa por una ocasional internación como la que atravesó la adherente, el sentido esencial del contrato que hace a su objeto específico quedaría desvirtuado, con afectación de principios elementales de nuestro ordenamiento jurídico (confor. arts.902, 953, 1198 y concordantes del.Cód.Civil)". La sentencia rechaza la

exclusión por enfermedad preexistente y hace lugar al pago de gastos de internación, que la pasajera tuvo que abonar en el New England Center Hospital de Boston.

Teniendo en cuenta algunas características de la actividad turística la sentencia dictada por la CNCom., Sala C, 29/12/95, autos "Seidman, Gustavo E c.Assist Card SA, confirma lo sustancial del fallo de primera instancia que hizo lugar al reclamo por daños y perjuicios e incumplimiento contractual, y en este sentido luego de que la empresa demandada planteara que la lesión sufrida por el demandante durante la práctica de un partido de football se encuentra excluida de la prestación asistencial debida por la empresa por haberse producido durante la práctica de un deporte que, en el caso debe considerarse peligroso, que la validez temporal del voucher se hallaba extinguida, y que la situación de radicación del actor en EEUU, con el propósito de cursar el English Language Program, impide considerarlo un "viajero" para hacerse acreedor de los servicios de asistencia médica. La Cámara con acierto señala que el hecho de realizar un viaje de estudios no modifica la condición de viajero del demandante, fundamentalmente por no haber sido incluido dentro de cláusula de exclusión de cobertura. En lo demás rechaza el carácter de deporte peligroso y en igual sentido rechaza la expiración del plazo de cobertura.

LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y EL CONTRATO DE SEGUROS.

Es notoria la aplicación de la 24.240 y 26.361 en los contratos comerciales, y en el caso del contrato de seguros la jurisprudencia sostiene este análisis desde diferentes argumentos. Si bien en la ley no se hace mención al seguro expresamente (como tampoco de otros contratos como podrían ser los contratos turísticos) sus características, formas de contratación, y comercialización indican que el contrato de seguros está también bajo la órbita de la Ley de Defensa del Consumidor, a manera de ejemplo señalo: a) el seguro es un contrato de consumo pues reúne sus características ... "El contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor final y quien actúe, ocasional o profesionalmente, como productor de bienes o prestador de servicios y cuyo objeto resulte la adquisición o utilización de ellos, a título oneroso o gratuito, para el uso privado para el uso familiar o social del primero. artículo 1 ley 26.361). La forma de su comercialización en el mercado, la existencia de una relación desigual entre asegurado/consumidor y empresa aseguradora es contundente. b) El seguro es un contrato de adhesión con cláusulas predispuestas o sujetos a condiciones generales. Recordemos que Juan C Rezzónico sostiene que "condición general negocial o condiciones generales negociales es la estipulación, cláusula o conjunto de ellas, reguladoras de materia contractual, preformuladas, y establecidas por el estipulante sin negociación particular, concebidas con caracteres de generalidad, abstracción, uniformidad, y tipicidad, determinando una pluralidad de relaciones, con independencia de su extensión y características formales de estructura o ubicación. " La estructura del contrato de seguros está conformada por las condiciones generales uniformes por un lado, y por el otro condiciones particulares. Las condiciones generales uniformes es predispuesto de manera anticipada y unilateral por el asegurador. El asegurador/consumidor solamente adhiere a sus condiciones sin poder modificar sus cláusulas. Es así como los artículos 37, 38 y 39 de la ley de defensa del consumidor que refieren a cláusulas abusivas, ineficaces, nulas, cobran relevancia en el contrato de seguros y consideramos su aplicación. 3) El deber de información, la ley 26.361 en su artículo 4 señala : "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 con claridad necesaria que permita su comprensión. " Esta norma jurídica de raigambre constitucional amplía el art.42 de la Constitución Nacional, y coincide con la ley de seguros 17418 cuando en su artículo 11 señala que las pólizas deben ser "claras y fácilmente legibles", redactadas en idioma nacional, salvo las de riesgo marítimo que podrán redactarse en idioma extranjero (art.25 ley 20.091).

Como bien plantea Eduardo A.Toribio entonces, "si revisamos los principios o criterios que manda aplicar la ley 24.240, no encontraremos novedad respecto

de los ya consagrados en la jurisprudencia generada alrededor del seguro. Veamos una ligera enumeración: a) Interpretación en el sentido más favorable al consumidor. Es el tradicional "en la duda, a favor del asegurado, o a favor de la existencia de cobertura, etc.", b) Deber de buena fe. Pocos criterios han sido tan familiares al contrato de seguro como el de la ubérrima bona fidei. c) La prohibición de cláusulas abusivas. Existe en la normativa de control asegurador; d) El deber de información. En cabeza del asegurador, que debe hacerse cargo de cualquier defecto o falta de claridad del contrato. e) Responsabilidad por publicidad engañosa y/o capciosa, también establecida en la ley 20.091" (5)

Si hay que hacer alguna reflexión podríamos aseverar que parte de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, apuntan a integrar la ley de defensa del consumidor con la ley de seguros, y nada indica que esta interpretación no se amplíe sino todo lo contrario pues la contratación en masa, las ventas informatizadas sin adecuado control, y la desigualdad cada vez mayor entre consumidor y las empresas sugieren la necesidad de proteger a la parte más débil (asegurado/consumidor) del contrato.

CONCLUSIÓN:

Sin apartarnos del tema que nos convoca, de acuerdo a los argumentos delineados precedentemente, considero que la asistencia integral al viajero es un contrato de seguros tutelado por la ley 17.418 y 20.091 con la salvedad de que carece del necesario control del estado. Lo novedoso y que el turista/usuario/asegurado debe tener en cuenta es que la AIV también se encuentra amparada por la ley de defensa del consumidor de acuerdo a los aspectos ya reseñados.

Notas al pie:

(*) LILIAN B. GARCIA, abogada egresada de la UBA, posgraduada en Actualización en Derecho del Turismo, docente.

(1) "EL SINIESTRO" autor Nicolás H. Barbato.

(2) "SEGUROS" autores Issac Halperín y Juan Carlos Félix Morandi

(3) "SEGUROS VOLUMEN II" por Issac Halperín y Juan Carlos Félix Morandi.

(4) "CONTRATOS CON CLAÉSULAS PREDISPUESAS" por Juan C. Rezzónico.

(5) "REFLEXIONES SOBRE LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y DEL ASEGURADO ((Y LOS ASEGURADOS?)), trabajo del libro "SEGUROS Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR", Directores Horacio Roitman y Felipe F.Aguirre.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 16 DE ABRIL DE 2014

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.902, Ley 340 Art.953, Ley 340 Art.1198, Constitución Nacional Art.42, LEY 17.418, LEY 17.418 Art.11, LEY 17.418 Art.149 al 150, LEY 17.418 Art.152, Ley 20.091, Ley 20.091 Art.3, Ley 20.091 Art.25, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.37 al 39, LEY 26.361

Ref. Jurisprudenciales: "Suarez, Nélide c/ Assist Card SA s/ Ordinario", CNApelaciones en lo Comercial, sala E, 24/02/2000 , "Scheiner de Natch, Carmen c/ Assist Card s/ Ordinario", CNac Apelaciones en lo Comercial, sala C, 09/08/2002, "Figowy, Alberto c/ Universal Assistance SA s/ Sumario", CNApelaciones en lo Comercial, sala B, 18/11/1997

Primeros pasos en el derecho del consumo. (El usuario de servicios de comunicación masiva, consumidor de mensajes y contenidos). Quinta Parte

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 15 DE ENERO DE 2014

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-RELACION JURIDICA DE CONSUMO-COMUNICACIONES-SERVICIOS DE COMUNICACION AUDIOVISUAL

TEXTO

1. La célebre frase pronunciada por el presidente KENNEDY (1) - que aún resuena en quienes abordamos la temática del consumo y los consumidores -, puede re-significarse en tanto advertimos que, no sólo "todos somos consumidores", sino que, además, "consumimos todo", desde los materiales más elementales para nuestra subsistencia física (2), hasta aquellos recursos, pura o predominantemente culturales (3), que pueden satisfacer nuestras más altas aspiraciones espirituales.

2. En este sentido, el usuario de medios de comunicación masiva se constituye en "consumidor" de información, la que influye en él, lo moldea e, incluso, lo manipula, en tanto integrante de un agregado social (4), coadyuvando y hasta determinando, la configuración de la denominada opinión pública, artífice de no pocas acciones en común.

3. Hoy día, los medios de comunicación masiva ("mass media") inundan el ámbito de atención del hombre medio ("average man"), a través de las diversas visiones (interpretaciones) que de la realidad ofrezca el periodista ("media man") de turno, en sus distintas versiones, generalmente respondiendo a la línea editorial del medio en particular al que responde. Es extenso el cúmulo de informaciones difundido al público bajo el ropaje - no siempre bien intencionado - de "objetividad" - más o menos creíble - o, lisa y llanamente, bajo la forma de opinión - más o menos aceptable-, conformando múltiples universos posibles en la mentalidad del colectivo al que están dirigidas esas comunicaciones.

4. Asimismo, más allá de la información e interpretación acerca de la realidad (noticias y opiniones), comunicadas por los medios, también afecta al usuario/consumidor de tales servicios la recepción de contenidos que, bajo otras variables (ficción, entretenimientos, documentales, espacios educativos y culturales, etc.), esos mismos medios proveen al público.

5. Existen - al menos desde Aristóteles - ciertos criterios tendientes a catalogar las partes o componentes de la comunicación, distinguiendo el estagirita entre orador (el que habla), discurso (qué se dice) y auditorio (el que escucha) (5); este esquema simple, se amplía a cinco elementos, con referencia a los sistemas electrónicos, según Shannon-Weaver (6), a saber: una fuente, un transmisor, una señal, un receptor y un destino. En esta oportunidad, se adopta el modelo de comunicación debido a BERLO (7), distinguiendo estos componentes: una fuente, un codificador, un mensaje, un canal, un decodificador y un receptor de la comunicación.

6. Desglosando tales partes de la comunicación - según el modelo adoptado en este trabajo -, tenemos: 1) una fuente, que consiste en la persona, entidad u órgano, privado o público, emisor de la comunicación (8); 2) un codificador, esto es, un mecanismo de configuración del mensaje a transmitir, que hace que éste adopte una forma determinada y no otra (9); la codificación implica una interpretación del material a informar, que podrá ser tendencioso o no; 3) un mensaje, es decir, la información que provee el medio emisor, tal como ha sido codificado; 4) un canal, que consiste en el vehículo con que opera el emisor para transmitir el mensaje (escrito, gráfico, audio-visual, satelital,

virtual); es éste, específicamente el "medio", propiamente dicho, de que se sirve el operador para brindar el servicio informativo; 5) un decodificador, que capta y, a su vez, interpreta el mensaje enviado; en este sentido, la mayor o menor predisposición y/o aptitud del receptor para re-interpretar lo que se le informa, operará de "filtro" para desechar o neutralizar las impurezas o "ruidos" que hayan contaminado la información según fuera encodificada; 6) por último, el receptor del mensaje, destinatario final (10) de la actividad mediática.

7. Por su parte, el esquema descrito no varía demasiado, tratándose de la difusión de contenidos, en la medida en que cada entidad emisora, por gestión de sus órganos de programación, puede determinar la índole de aquéllos, conforme a su línea general de orientación política y/o social y/o económica y/o cultural.

8. Merece la pena detenerse brevemente en dos de los componentes del ciclo de comunicación recién delineado, atento a la carga dinámica con que ellos pueden operar en el proceso que nos ocupa, en combinación con otras variables: el encodificador y el decodificador. En efecto, siendo éstos dos elementos que permiten interpretar y, en su caso, re-interpretar el mensaje que se emite, queda claro, en cuanto al encodificador, que éste puede "moldear" la información (11) - y, eventualmente, los contenidos-, que se emite, configurándola de acuerdo a los designios del emisor; a su turno, el decodificador, sirviendo a la re-interpretación del mensaje tal como fue encodificado, permite "filtrar", como se dijo, la información recibida, expurgándola de elementos contaminantes que pudo llegar a desvirtuarla totalmente. En este sentido, el encodificador puede operar sobre el mensaje a emitir, enturbiándolo: éste presentará entonces una cierta opacidad en cuya virtud se informa lo que no es, es decir, se provoca en el receptor una percepción errónea, falseada o, en el mejor de los casos, parcelaria e incompleta; o sobrecargada de datos inútiles, inconducentes, contaminantes, en suma, al punto tal que opera el mismo resultado negativo en el receptor (12). En estos términos es función del decodificador, por su parte, re-interpretar el mensaje recibido, "perforando" su opacidad hasta obtener un panorama exacto o, al menos, razonablemente verosímil, de la realidad de la que se pretende tomar conocimiento.

9. Ahora bien, sin duda, la concentración de medios de comunicación en una o pocas manos (monopolio, oligopolio (13)), o aun la mera posición dominante (14), de modo tal que implique ejercicio de abuso del poder en el mercado favorece, en los términos hasta aquí expuestos, el mal uso del mecanismo de encodificación antes indicado, coadyuvando, en último análisis, a una distorsión en el ámbito de concurrencia de medios (15) y, con ello, a un "enrarecimiento" en la información - y, en su caso, en los contenidos- a disposición del público usuario/consumidor. Por eso, en este sentido, resulta valioso en extremo contar con adecuados mecanismos de decodificación de los mensajes masivamente emitidos, para contrarrestar los efectos perniciosos del uso de encodificaciones afines a intereses ocultos tras la mencionada opacidad de aquéllos. La multiplicidad de emisores, titulares de distintos canales de información, de igual o diversa índole garantiza, así, la multiplicidad de decodificaciones disponibles para los receptores (destinatarios finales = consumidores/usuarios) de los mensajes (y contenidos) emitidos en masa. Se trata de un verdadero sistema de "frenos y contrapesos" operando entre los medios de comunicación masiva, de profunda raigambre democrática, de momento que promueve la exposición y debate de ideas y, con ello, la conformación de la opinión pública, posibilitando el ejercicio de adecuadas acciones individuales y colectivas.

10. Por cierto, debe citarse en esta oportunidad, el reciente fallo de nuestra Corte Suprema, recaído en autos "Grupo Clarín S.A. y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa", de fecha 29/10/2013 (16), que resuelve la constitucionalidad de la ley n° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual - B.O. 10/10/2009- Ello así de momento que el alto Tribunal, específicamente, tras señalar la dimensión individual (derecho a informar) y la dimensión social o colectiva (derecho a ser informado) de la libertad de expresión (17), indica que ésta "se constituye en una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática", "como una

protección de la soberanía popular" (considerando 21), parte del "debate democrático" y, refuerza, "la libertad de expresión, desde esta visión, se constituye fundamentalmente en preconditionación del sistema democrático" (considerando 22); ya que - se sostiene en fallo citado - "en la sociedad actual, los medios de comunicación masiva...tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc., de todos los habitantes" (considerando 24). (Téngase presente, a todo evento, que estas citas textuales son parte de los fundamentos del fallo en comentario, y no meros "obiter dicta", dichos "al paso" por la Corte. Ver: MASSONI, JOSÉ; La Corte, el fallo " Clarín " y los Obiter Dictum; 8/11/2013, www.infojus.gov.ar).

11. Basten estas breves citas para demostrar que, en el criterio mayoritario del superior Tribunal, se requiere pluralidad informativa y pluralidad en los medios que ejercen tal actividad, en cuyo control y regulación se halla interesado el estado, a fin de garantizar la pluralidad de ideas y el debate y la discusión democráticos. El cruce de informaciones y opiniones, garantizado por el control y la regulación del Estado asegura, al mismo tiempo, la operatividad de aquel sistema de decodificaciones de los medios entre sí, facilitando, a su vez, la depurada recepción de los mensajes emitidos, la adecuada conformación de la opinión pública y las consecuentes decisiones y acciones del consumidor/usuario de tales servicios, en las distintas facetas del entramado social.

12. Respecto de los contenidos, esto es, objetos de comunicación de índole artística, educativa, social, política, deportiva, incluso lúdica o de entretenimientos, es decir, cultural en general, se corresponden aquéllos, en los medios, con ciertas estructuras programáticas de cada entidad emisora - sean éstas de carácter privado o público (18) -, respondiendo, las más de las veces, a intereses parcelarios y tendenciosos, utilitaristas o pragmáticos, a cuyos fines operan los mecanismos de encodificación respectivos.

13. De todos modos y para finalizar, traigo a colación las palabras de Mariano Fraguero, que datan de 1.850, según el cual, abogar por la libertad de imprenta - por extensión, hoy en día, libertad de expresión - es tanto como abogar "solamente a favor del capital de la imprenta, o a favor del empresario-impresor"; siendo que "la libertad debe ser a favor de los escritores también, y del público consumidor"; porque "no se escribe libremente: se escribe como lo exige el que paga" (FRAGUEIRO, MARIANO; "Organización del crédito", citado por VES LOSADA, ALFREDO; Sociología del Derecho; Ed. Ábaco, 1.975. El énfasis en la cita me pertenece).

Notas al pie:

1) "Consumers, by definition, includes us all"; KENNEDY, JOHN FITZGERALD; Mensaje especial al Congreso sobre protección de los intereses del consumidor ; EE.UU.; marzo 15, 1962.

2) Sirva, como dato ilustrativo, recordar que el ser humano es omnívoro por naturaleza.

3) Téngase presente que, en rigor, incluso las necesidades "primarias" o "básicas", de orden biológico, requieren del empleo de recursos "no naturales", esto es, de creación humana aunque, no necesariamente, "artificiales": en todo caso, se trata de respuestas adaptadas a un plexo de recursos posibles, adecuación que depende del entorno cultural respectivo (VES LOSADA, ALFREDO; El derecho como experiencia; Abeledo-Perrot; 1960).

4) Un todo al que cada consumidor aporta su impronta singular pero con el que, a la vez, se compenetra, CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; Primeros pasos en el Derecho del consumo. Primera parte. Introducción. 7/8/2013. www.infojus.gov.ar.

5) ARISTÓTELES; Retórica, citado por BERLO, DAVID KENNETH, en: El proceso de la comunicación. Introducción a la teoría y a la práctica.; El Ateneo; 1990.

6) Citados en BERLO, D.K., op cit.

7) Loc. cit.

8) En estos términos, la "fuente" puede no coincidir con aquella persona concreta de quien emana la información que se comunica (es decir, p. ej., aquella "fuente" que suele mantenerse en reserva), de momento que nos estamos refiriendo a medios de comunicación, esto es, entidades que, operando en la transmisión de información - y opiniones -, se sirven de ello para sus fines

profesionales y comerciales.

9) Queda claro, sin embargo, que puede que la configuración del mensaje no adopte alguna forma definida, p. ej., cuando esa es la intención de quien opera el mecanismo de encodificación; se tratará, entonces, de ideas expuestas de modo vago o, al menos, plurivalentes, sugiriendo más que aseverando, en algún sentido previsto por el emisor..

10) Este carácter de "destinatario final" del receptor, pone a éste en clara posición de usuario/consumidor objeto de protección en los términos del art. 42 de nuestra Constitución Nacional.

11) Desde la sociología general se ha señalado que "mensaje" es todo hecho con algún sentido dentro de una estructura social; de modo tal que un "hecho" es mensaje en tanto sea susceptible de alguna interpretación, conforme a una estructura común de asignación de significados (modelos) ; en este sentido se afirma que: "un grupo social] es tanto más homogéneo cuanto más generalizada está la interpretación de los mensajes básicos" (TIERNO GALVÁN, ENRIQUE; Introducción a la Sociología; Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1960).

12) En este último sentido, cabe advertir sobre los riesgos del "consumismo mediático", esto es, un consumo desmedido de datos periodísticos supernumerarios - particularmente, de una misma fuente-, sin que pasen por el cedazo de la reflexión comparativa de distintos emisores. Se trataría de una suerte de "pensamiento unilateral mediático".

13) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO;. Primeros pasos en el derecho del consumo. (Vicisitudes del consumidor). Cuarta parte. 22 /11/2013 www.infojus.gov.ar

14) Art. 1º, Ley 25.156 de Defensa de la Competencia. Ver, asimismo op. cit. en nota anterior.

15) Art. 42, Cons. Nac.

16) Ref.: www.infojus.gov.ar, 5/11/2013.

17) CONDOMÍ, A. M.; Primeros pasos.... (Vicisitudes...) Cuarta parte, cit.

18) En rigor, la pretendida "independencia" que pregonan para sí periodistas - y hasta editoriales- de los medios de prensa y audiovisuales, lo es respecto de las autoridades del gobierno de turno, y no con relación a la estructura emisora a la que pertenecen y frente a la que responden. No obstante, queda claro que la enunciada pluralidad de medios debe servir, a su vez, al control del propio Estado, en tanto emisor de información y contenidos, particularmente, en función decodificadora en los términos indicados en el texto.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 15 DE ENERO DE 2014

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.522

Ref. Jurisprudenciales: "Grupo Clarin SA y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/Acción meramente declarativa", 29/10/2013

Algunos efectos de la publicidad en el Proyecto de Unificación

BARBIERI, PABLO CARLOS

Publicación: www.infojus.gov.ar, 28 DE NOVIEMBRE DE 2013

TEMA

PROYECTO DE UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL-PUBLICIDAD:EFECTOS JURIDICOS;DEFINICION-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

1. Realidades innegables que se reconocen jurídicamente.

El término "publicidad" deriva del latín *publicare* que significa "hacer público algo". Y ello puede extenderse a muchísimos ámbitos de nuestras vidas. Nótese que, un breve recorrido por cualquier red social, importará detectar personas que "hacen público" su estado de ánimo; los gobiernos publicitan su accionar y las empresas productoras de bienes y servicios siguen similar lineamiento en relación a la bondad o utilidad de sus objetos de comercialización.

En estos tiempos, es imposible pasar por alto que, también, se "hacen públicas" ofertas de contratación de bienes o servicios, dirigidas al público consumidor. Lo podemos apreciar diariamente en periódicos, televisión, radio, Internet, redes sociales, anuncios de distinto tenor en la vía pública, etc. Innumerables ejemplos diarios recibimos, incluso, en nuestras propias líneas telefónicas o en nuestros domicilios.

Desde el punto de vista técnico, señalo la correcta definición brindada por Lorenzetti, quien afirmó que se trata de "una forma de comunicación producida por una persona física o jurídica, pública o privada, con el fin de promover la contratación de productos o servicios".(1)

Mucho se ha discutido en relación al efecto jurídico que estos anuncios públicos poseen, sobre todo en relación al derecho del eventual consumidor de los bienes y servicios ofrecidos. Y ello se ha potenciado con el llamado "comercio electrónico", definido como aquel que "comprende todas aquellas transacciones comerciales, nacionales e internacionales, que se realizan por medio del intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación, en los que se usan métodos de comunicación y almacenamiento de información substitutivos de los que usan papel" (2).

De hecho, en la Argentina, la cuestión ya se reconocía en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y la solución pareció adecuada. El artículo 8 de dicha normativa (con el agregado del segundo párrafo producido por la ley 24.787) reza, textualmente, que "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 las ofertas 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". La obligatoriedad de la oferta mediante publicidad dirigida al consumidor indeterminado parece ser la regla en la legislación actualmente vigente. La jurisprudencia acentuó esta circunstancia desde hace largo tiempo, sobre todo con condenas resarcitorias por publicidad engañosa. Así se decidió, por ejemplo, que "Así, la publicidad del concurso y la difusión de sus bases, condiciones y reglamentos, deben ser transparentes y reflejar realmente la oferta (ley 22802, decreto 1153/1997, resolución 89/1998 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, Lealtad Comercial) y si por algún motivo se invita o se tienta al público participante acudiendo a una publicidad que no refleja claramente las pautas de la oferta, deberá el organizador asumir aquellas consecuencias (conf. C. Nac. Civ., sala D, del 19/9/2006, "Ferola, Karina A. v. Sola Argentina S.A. y otros)".(3)

2. La cuestión en el Proyecto de Unificación.

El Proyecto de Código Civil y Comercial que, actualmente, se debate en el

Congreso de la Nación, ha incorporado pautas concretas sobre el particular. Las soluciones adoptadas reflejan un realismo y un criterio de estricta equidad, con base en la opinión doctrinaria y jurisprudencial mayoritarias.

El artículo 1103 de dicha iniciativa dispone expresamente que "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".

Como puede verse, el texto es casi similar al que contiene el artículo 8 de la ley 24.240 y fuera transcripto precedentemente. Y, además, es concordante con el artículo 42 de la Constitución Nacional, apuntando a proteger la "seguridad" y los "intereses económicos" de consumidores y usuarios.

Queda claro que dicha publicidad -efectuada, generalmente, por empresas de importante envergadura patrimonial- estimula a la población a consumir los productos o servicios ofrecidos. "Las informaciones suministradas por los proveedores, vendedores, o las contenidas en los mensajes publicitarios crean en el receptor legítimas expectativas porque ha creído en la veracidad de esa información"; en consecuencia, dicho ofrecimiento "compromete y vincula a quien lo emite en esa misma medida" (4).

La solución del proyecto es atendible y adecuada y se complementa con las disposiciones de los arts. 1100 (obligaciones del proveedor en el suministro de la información), 1101 (publicidad prohibida) y 1102 (acciones a promover por parte de los consumidores afectados), configurando una Sección que, claramente se endereza en el carácter protectorio del consumidor o usuario de bienes y servicios, lineamiento impuesto en la gran mayoría de las legislaciones en la materia en el Derecho Comparado.

En síntesis, se reafirma el rumbo vigente y, seguramente, ello repercutirá en la mayor seguridad jurídica en las transacciones calificadas como "de consumo", que resulta uno de los objetivos primordiales de la iniciativa referida (véase Mensaje de Elevación del Poder Ejecutivo Nacional, 7/6/2012).

Notas al pie:

1) LORENZETTI, Ricardo L., Tratado de los Contratos, To III, pág. 101, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

2) Ley Modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por la UNCITRAL y aprobada por la Organización de Naciones Unidas en 1996.

3) CNCiv., Sala "F", 30/8/2007, "M.M. c/ Carrefour Argentina SA", comentado por HOCSMAN, Heriberto S., en <http://www.protectora.org.ar/publicidad/publicidad-enganosa-caso-mm-y-otro-c-carrefour-argentina-sa-doctrina-y-jurisprudencia/1796/>

4) WEINGARTEN, Celia, El valor económico de la confianza para empresas y consumidores, JA 2000-III-1221 y ss.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 28 DE NOVIEMBRE DE 2013

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.42, Ley 22.802, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.8, Ley 24.787, Decreto Nacional 1.153/97

Ref. Jurisprudenciales: MARTÍNEZ, Marisol y otro c/ CARREFOUR ARGENTINA SA s/ DAÑOS YPERJUICIOS.

Primeros pasos en el derecho del consumo. (Vicisitudes del consumidor). Cuarta parte

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 22 DE NOVIEMBRE DE 2013

TEMA

CONSUMIDORES-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-RELACION DE CONSUMO

TEXTO

1. Terminológicamente, puede distinguirse entre "consumidor" y "usuario" refiriéndose, en términos generales, el primero, a bienes (cosas, objetos) y, el segundo, a servicios. Pero, en ambos casos, "consumir", es tanto como agotar la utilidad que el bien o servicio reporta a su destinatario; es éste un concepto originado en la ciencia económica, donde "utilidad" expresa una preferencia del consumidor en la canalización de sus recursos - limitados - hacia los bienes o servicios que le satisfacen; se trata de un modo o manera de ordenamiento de bienes y servicios, por parte del consumidor; esto es, una forma de elección de bienes y servicios de acuerdo a las valoraciones de aquél (1). En otros términos, "utilidad...es la aptitud de un bien o un servicio para satisfacer una necesidad o un deseo humano"(2) - desde la óptica del propio consumidor/usuario, podríamos agregar, siguiendo el argumento trazado (3) -.

2. Precisamente, la teoría económica tradicional, de índole utilitarista, vincula el concepto de consumo a la utilidad que un bien o servicio le presta al consumidor o usuario, formulando la clásica teoría de la utilidad decreciente según la cual, con cada nueva unidad adquirida o utilizada, disminuye la utilidad de dicho bien o servicio para el consumidor/usuario (utilidad marginal); y, en consecuencia, se supone que ha de reducirse el precio de tales productos a fin de sostener la demanda (4) de los mismos. En estos términos, la variación en el precio derivaría de la mayor o menor predisposición del consumidor/usuario a demandar un bien o un servicio, según la utilidad que les aporte. Asimismo, esta teoría sostiene el principio de relación marginal de sustitución (RMS), según la cual, el consumo decreciente de un producto incrementa el consumo de otro (sustituto), que se expresa en la denominada curva de indiferencia (5); sin embargo, esta teoría se tiene por poco realista (6) y, además, acuciada por la aparición del fenómeno de saciedad, según el cual, la utilidad decreciente que va resultando del mayor consumo de un mismo bien, desembocará, para el consumidor, en una utilidad negativa (o desutilidad), incluso con relación a los bienes sustitutos (7); siendo que, por otra parte, el consumidor tiende, en general, a un equilibrio en su plan de consumo (8), entre los bienes y servicios a su disposición, y de acuerdo a sus posibilidades presupuestarias. Algunas alternativas se ensayan al respecto.

3. En primer lugar, se diseña un modelo social (o socio-cultural) de consumo (MSC) (9), según el cual, cada consumidor se inserta en un marco grupal de consumo, al que pertenece (10), el que le provee del modelo respectivo; dicho marco orienta al consumidor individual dejando a éste, no obstante, "un cierto campo de decisiones alrededor de un punto central del modelo, que llamaremos campo imitativo"(11). De este modo, el consumidor/usuario decide sus actos consumeriles, pero dentro de un esquema general indicado por el aludido "marco grupal de consumo". Es así que esta tesis sostiene la existencia de: a) un plan de consumo "típico" del MSC en tratamiento; es éste el denominado "punto imitativo", al que tiende el comportamiento del consumidor/usuario; b) un campo de elección que queda librado al consumidor, y que funciona como un "margen o dominio de tolerancia" que el consumidor/usuario debe respetar, si no quiere salirse del MSC de referencia (12); concretamente: el consumidor trata de imitar la canasta de consumo de un individuo ideal, dentro de su grupo social (13)

El punto de equilibrio del consumidor, en este supuesto teórico, se da por la

competencia entre la fuerza de atracción ejercida por el MSC (para permanecer en él) y el nivel de costos de los bienes y servicios respectivos (14). Se distingue entre una fase primera, en que el consumidor decide su plan general de consumo ("canasta" de bienes y servicios), de conformidad con aquel plan de consumo propio del MSC; y una segunda fase, "de detalle", en que dicha canasta se desagrega en los bienes y servicios que, en particular, la integran; la fase primera de decisiones se ve altamente influida por el MSC; en la segunda, tal influencia puede equilibrarse con el criterio de decisión propia del consumidor/usuario individual (15).

4. El esquema anterior se refuerza mediante la introducción de la denominada senda (o curva) de expansión que indica, en un MSC determinado, las distintas ubicaciones que puede ocupar el consumidor dentro del marco grupal de consumo y conforme al margen o dominio de tolerancia antes aludidos, ejerciendo su elección en el campo respectivo; ello, no más allá del punto imitativo, ni más acá de un punto mínimo, como para mantenerse dentro del MSC de referencia. En este enfoque, alejado del modelo utilitarista, no se dan bienes sustitutivos, sino bienes complementarios, en el sentido que, ante un presupuesto de recursos del consumidor que no le alcance para satisfacer el nivel de consumo propio del punto imitativo (punto máximo de la senda o curva de expansión), el propio MSC sugiere la disminución armónica del nivel de consumo de bienes y servicios transitando, a tal efecto, dicha senda de expansión, "hacia abajo", pero sin sacrificar unos bienes o servicios para mantener otros (16).

5. De todos modos, como se ve, estas tesis económicas mantienen su enfoque en un solo sector de la estructura de consumo, esto es, del lado del consumidor/usuario, tanto respecto del consumidor individual, cuanto del colectivo - que se corresponde con los grupos de pertenencia y/o referencia de consumo -. Ello así de momento que, el punto de vista estrictamente utilitarista gira alrededor de la decisión exclusiva del consumidor según la utilidad de los bienes a su disposición; el del MSC, si bien avanza sobre el medio social del consumidor y la influencia de aquél sobre éste - particularmente, durante la "fase primera" -, la determinación de las decisiones permanece en un solo lado de la estructura de consumo - el de los consumidores/usuarios -. Sin embargo, en buena medida, la superioridad operativa y la influencia, directa o indirecta - y, a veces, indebida - del sector de la red de provisión en las decisiones consumatarias, fundamentan el carácter tuitivo del derecho del consumo; siendo que, según las propias posturas teóricas liberales, en el mercado, "el fin de la Economía es la satisfacción del consumo, exclusivamente éste es su norte", donde "el consumidor es el que dirige el proceso de mercado" (17). En consecuencia, distorsiones diversas han de afectar tales premisas y requieren la atención del ordenamiento jurídico.

6. En efecto, y en primer término, la lógica propia de la economía liberal debe enfrentar distorsiones que afectan, incluso, a la propia red de provisión, desde la red misma. En esta línea, se habla de "fallas del mercado" (18), que impiden o dificultan la denominada competencia perfecta (19); esto es, por la existencia de monopolios (20) u oligopolios (21), o por la denominada competencia monopolística²² (o imperfecta), o por ciertas prácticas de mercado que implican competencia desleal (23). Entiéndase que tales fallas afectan, en primer término, el libre juego de la competencia entre los integrantes de la red de provisión, por motivos intrínsecos a ella. No obstante, puede señalarse que, en principio, tanto el monopolio como el oligopolio atentan, en rigor, contra el estado de competencia en el mercado, siendo que, por su parte, la competencia desleal presupone, `per seo, la existencia de competencia (24), en tanto la monopolística (o imperfecta) constituye, por así decirlo, el estado corriente del mercado real (25).

7. Antes de avanzar, conviene detenerse en algunas particularidades conceptuales comparativas. En efecto, SAMUELSON y NORDHAUS definen la competencia perfecta y sus principales contrincantes - el monopolio y el oligopolio - desde la óptica de la formación de precios, circunstancia que, como se sabe, repercute directamente en el sector de consumidores y usuarios, afectando sus expectativas y, en particular, sus bolsillos -; a su turno, otros autores, como BENEAGAS LYNCH (26), BALLESTERO (27) y BEVERAGGI ALLENDE (28), ubican la temática al interior del sector de provisión; aunque, debe

admitirse que dadas ciertas posiciones de privilegio en el mercado , concentrando la oferta, también suelen derivar efectos contraproducentes para el destinatario final de los bienes y servicios que provee la red, tanto en materia de precios cuanto, incluso, en la calidad y condiciones de los mismos.

8. De modo tal que, aun cuando dichas fallas del mercado preocupan a los propios integrantes de la red de provisión - a quienes afectan en primer lugar -, sus efectos trascienden al sector de consumidores/usuarios y, en tal medida, interesan al ordenamiento consumerista, en general, y a su faz tuitiva, en particular (29).

9. En este sentido, la denominada "competencia desleal", en cuanto tal y en principio, parece no afectar al consumidor/usuario, estando dirigida a los otros proveedores, distintos de quien la ejerce (30); ello así ya que este supuesto, por definición, exige la concurrencia de proveedores, y la deslealtad en la misma ha de referirse a las expectativas recíprocas respecto de las "reglas de juego" que los competidores deben observar en el mercado, en sus comportamientos y actitudes entre sí. La aprehensión en un concepto unitario de "deslealtad" resulta conflictivo, pero, siendo que "lealtad" implica probidad, rectitud, buena fe, etc., "desleal" es toda conducta de mercado antiética, que quiebra aquellas expectativas en el trato entre proveedores que concurren al mismo con afán negociador (31). Tal vez en virtud de este carácter "huidizo" del concepto, el régimen jurídico referido a la competencia desleal se halla disperso en normativas diversas (32).

10. De todos modos, sólo interesan, en esta oportunidad, aquellas prácticas desleales que, como se dijo, rebasen el ámbito de concurrencia entre proveedores, para amenazar o perjudicar al consumidor/usuario. En este sentido, pueden citarse, a modo de ejemplo: la confusión (sea respecto de una marca o elementos distintivos de un competidor, o imitando o afirmando como propio un producto de éste, o invocando un vínculo inexistente con él, o aseverando la ajenedad o distinta calidad de un producto del competidor), la denigración (ejerciendo conductas tendientes a desacreditar al competidor, que comprende el conflictivo tema de la denominada publicidad comparativa), la desorganización interna de la empresa competidora (mediante ciertas maniobras que tienden a tomar injerencia indebida en los productos de la empresa competidora, como son: la supresión de signos distintivos de sus productos, o la alteración de la publicidad del mismo); y la desorganización general del mercado (mediante publicidad engañosa o exagerada, etc.) (33). Como se ve, en estos supuestos, vulnerando la concurrencia leal, se atenta, además, contra el colectivo de consumidores/usuarios.

11. Tales prácticas, atentatorias contra la competencia leal que, a su vez, afectan al consumidor, carecen de un marco regulatorio orgánico (34), esto es, un cuerpo normativo que aglutine las disposiciones pertinentes a la materia; por el contrario, los distintos actos de competencia desleal y sus consecuencias jurídicas se hallan dispersos en distintos regímenes legales no siempre referidos, directa y específicamente, a ellos.

12. Sobre este tema, la LDC remite, expresamente, a las leyes de Lealtad comercial (LLC; n° 22.802) y de Defensa de la competencia (LDCP; n° 25.156), que integran el régimen consumerista (LDC, art. 3°). Ahora bien, en tanto el grueso de la normativa que contiene la LLC se refiere a situaciones que pueden provocar confusión, error o engaño en el público en general, sea en cuanto a la identificación de las mercaderías ofrecidas (arts. 1 a 6, ley cit.), o respecto de las denominaciones de origen de las mismas (arts. 7 y 8, ley cit.) o, en fin, mediante publicidad inexacta y/o promoción de productos valiéndose de premios o regalos (arts. 9 y 10, ley cit.), aquélla integra plenamente el derecho del consumo. A su turno, la LDCP regula los "actos y conductas" que puedan alterar "la competencia o el acceso al mercado de los competidores]", o bien "que constituyan abuso de una posición dominante" en él, en tanto "pueda resultar perjuicio para el interés económico general" (art. 1, ley cit.), habilitando a iniciar el procedimiento respectivo mediante "denuncia realizada por cualquier persona física o jurídica, pública o privada" (art. 26, ley cit.); en estos términos, y de una lectura general de esta normativa, surge su propósito de tender, inmediata y directamente, a la protección de la libertad de concurrencia al mercado, esto es, en el propio ámbito de la red de

provisión, pero, a la vez, mediata e indirectamente, a preservar la indemnidad de consumidores y usuarios de los efectos nocivos resultantes de dichos actos y conductas.

13. De todos modos, ciertamente, no son ésas las únicas normas atinentes a competencia desleal, pudiendo citarse, entre otras, la ley 22.362 de Marcas y designaciones, como asimismo la ley 24.766, de Confidencialidad; sin perjuicio de ciertas disposiciones de derecho común, v. gr., arts. 953, 1069 y 1071, Cód. civ.; e, incluso, del Código penal: arts. 159 y 289, inc. 1° (35).

14. Respecto de las actividades monopolísticas - u oligopolísticas -, con carácter previo, puede señalarse la diferencia conceptual, recogida por la doctrina económica y la propia legislación, en monopolios naturales y monopolios legales (Cons. Nac., norma cit.), conforme a la cual los primeros (también llamados "de hecho"), responderían a una situación propia del mercado, fruto de circunstancias de orden práctico (36), en tanto los segundos (también llamados "de derecho"), surgen de un privilegio (patente, concesión) otorgado por el Estado (37). Merece destacarse que economistas de rango netamente liberal indican que, en tanto los denominados monopolios naturales (de hecho) nacen y se desarrollan merced a instancias de la "masa consumidora", los así denominados legales (de derecho) son de carácter artificial, esto es, "fabricados" merced a "la dádiva y al privilegio que otorga el gobierno" y, en rigor, los únicos perniciosos para el mercado y los consumidores (38).

15. Ahora bien, de una ligera ojeada comparativa entre diversos textos constitucionales de América Latina surge, según el caso: 1) la protección de la libre competencia; 2) la prohibición de prácticas monopolísticas; 4) el reconocimiento de monopolios legales o de derecho; 5) la concesión de privilegios a entidades privadas, con fines rentísticos; 6) límites al abuso de posiciones dominantes; etc. (39)

16. A su turno, el régimen normativo estadounidense se apoya en tres leyes básicas (40): la Sherman Act (1890), la Clayton Act (1914) y la Federal Trade Commission Act (1914), y sus modificatorias; las dos primeras, de carácter antimonopolio, y la tercera - como su nombre lo indica-, de creación de la Comisión Federal de Comercio, referida a prácticas desleales.

17. Por su parte, nuestra Ley Suprema, en su cláusula "consumerista", impone a "las autoridades", proveer "...al control de los monopolios naturales y legales..." (art. 42, Cons. Nac.); esta fórmula, en principio y a la luz de la legislación comparada, no prohíbe los monopolios - ni siquiera los denominados "naturales"-, sino que se limita a establecer la imposición de "control" sobre todos ellos, expresión que no implica, necesariamente, la eliminación de los existentes ni el impedimento de constitución de otros. En consecuencia, puede interpretarse que la cláusula constitucional aludida es de carácter permisivo respecto de tales situaciones del mercado que configurarían "formas irregulares de la oferta" de bienes y servicios (41), aunque sujetas a control estatal. Sin embargo, el propio art. 42, Cons. Nac., cit, indica que "...las autoridades proveerán a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados...", disposición que acentúa notoriamente la intensidad del control que el Estado debe imponer sobre las formas monopolísticas que dificulten o impidan - o pretendan hacerlo- el ejercicio de la libre competencia.

18. La circunstancia constitucional recién apuntada, alerta al operador jurídico acerca del equilibrio que debe guardarse sobre la base de la ponderación de dos garantías generales atinentes a los protagonistas de la relación de consumo: de un lado, la protección jurídica que debe prestarse a consumidores y usuarios, parte central del Derecho de consumo (42) (derechos humanos, de índole social); del otro, el respeto a la libertad de empresa - relacionado con el principio de autonomía y el derecho de propiedad privados- (43) (de índole individual). En este sentido, cabe recordar, en primer término, la posición preferente que ocupa el consumidor/usuario en la estructura de consumo, en cuya virtud éste se constituye en un centro dinámico de referencia (44) insoslayable al momento de ponderar principios de orden constitucional como los referidos; aunque, asimismo, es necesario reconocer

que la actividad conjunta, organizada y coordinada de factores humanos, materiales y económicos reunidos en empresa, resulta apta para satisfacer las necesidades del destinatario final de bienes y servicios; a cuyos fines, se requiere contar con un marco normativo adecuado para facilitar y agilizar el esfuerzo compartido al que se alude. En consecuencia, tanto el reconocimiento del principio de iniciativa individual (art. 14, Cons. Nac.) - con su proyección sobre la inviolabilidad de la propiedad privada (art. 17, Cons. Nac.) -, como la vigencia del principio general pro consummatore, no pueden desplazarse entre sí, de modo tal que el árbol (derecho individual) nos impida ver el bosque (derecho social) o, viceversa, que éste nos impida ver aquél.

19. A título ilustrativo - y sin intención de profundizar en el tema, cuyo análisis exhaustivo excedería notoriamente los alcances de este trabajo - merece citarse el reciente fallo de nuestro máximo Tribunal federal, `in reo "Grupo Clarín", respecto de la debatida constitucionalidad de la ley n° 26.522 - denominada Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual -, B.O. 10/10/2009, en el que se barajan distintos principios constitucionales que incumben a intereses diversos, debatiéndose garantías referentes a derechos de índole tanto individual (propiedad, libertad de expresión en su faz "activa" o derecho a informar, derechos de los medios) como colectiva o social (libertad de expresión en su faz "pasiva" o derecho a ser informado, derechos de consumidores y usuarios), de cuya lectura emana la preocupación que cada uno de los jueces de la Corte exterioriza respecto de los múltiples aspectos que debieron tratarse a efectos de la resolución del caso. De allí el sentido divergente entre los criterios de la mayoría y cada una de las disidencias formuladas.

20. En atención a lo expuesto, y a fin de efectivizar la vigencia de los principios de integración, que impone el tratamiento de nuestra materia (45), deberán afinarse los criterios de producción, interpretación y aplicación de la normativa respectiva, tendiendo a equilibrar el ejercicio combinado de sabiduría y prudencia ("wisdom") que reclama el Derecho del consumo (46).

Notas al pie:

1)

SAMUELSON, PAUL ANTHONY - NORDHAUS, WILLIAM DAWBNEY; Economía; Mc Graw Hill; 18ª edición).

2) BEVERAGGI ALLENDE, WALTER; Economía política y argentina; T° I; Editorial Manuel Belgrano, 1969.

3) Así, p. ej., se indica que "utilidad" es "la capacidad que el sujeto atribuye al objeto para satisfacer sus propias necesidades" (BENEGAS LYNCH (h.), ALBERTO; Fundamentos de análisis económico; EUDEBA; 1981).

4) La demanda consiste en la sollicitación de un bien o servicio a cambio del pago de un precio. BEVERAGGI ALLENDE, W., loc. cit.

5) Sobre el desarrollo de la teoría utilitarista, ver: BALLESTERO, ENRIQUE; Introducción a la teoría económica; Alianza Editorial; Madrid, 1988.

6) BALLESTERO, ENRIQUE; Sobre una teoría no utilitarista del consumo, con aplicaciones a la demanda de alimentos; www.magrama.gob.es.

7) BALLESTERO, E.; Introducción a la teoría económica; cit.

8) BALLESTERO, E.; ídem anterior.

9) Respecto del MSC, ver: BALLESTERO, E.; Sobre una teoría no utilitarista del consumo..., cit. Con anterioridad, este autor formulaba, en detalle, el enfoque socio-cultural de consumo en Introducción a la teoría económica; cit.

10) Tales grupos "de pertenencia", bien pueden funcionar como grupos "de referencia", con similar influencia sobre el consumidor/usuario aún no incluido en tales grupos (HORTON, PAUL B. y HORTON, ROBERT L.; Introducción a la Sociología; El Ateneo Editorial; 1987).

11) BALLESTERO, E.; Sobre una teoría no utilitarista del consumo..., cit.

12) BALLESTERO, E.; loc. cit.

13) BALLESTERO, E.; Nota sobre una teoría del consumo con aplicaciones a la demanda de alimentos; www.magrama.gob.es.

14) BALLESTERO, E.; Sobre una teoría no utilitarista del consumo..., cit.

15) BALLESTERO, E.; Introducción a la teoría económica; cit.

16) BALLESTERO, E.; Nota sobre una teoría del consumo..., cit.

17) BENEGAS LYNCH (h); Fundamentos..., cit.

18) SAMUELSON, PAUL ANTHONY - NORDHAUS, WILLIAM DAWBNEY; Economía; Mc. Graw Hill; ed. 18ª.

19) "Competencia perfecta": situación en la que "no hay una empresa que sea

lo suficientemente grande como para influir en el precio de mercado";

SAMUELSON, P. A. - NORDHAUS, W. D.; op cit.

20) "Monopolio": "un solo vendedor con control total de una industria";

SAMUELSON, P. A. - NORDHAUS, W. D.; loc cit.

21) "Oligopolio": "pocos vendedores" con el mismo poder en el mercado; pero cada una de esas empresas, individualmente, pueden influir en el precio de lo que produce; SAMUELSON, P. A. - NORDHAUS, W. D.; loc. cit.

22) "Competencia monopolística": "un gran número de vendedores produce productos diferenciados"; la diferencia en los productos acarrea precios ligeramente distintos. SAMUELSON, P. A. - NORDHAUS, W. D.; loc. cit.

23) OTAMENDI, JORGE; La competencia desleal; www.palermo.edu.

24) OTAMENDI, J.; loc. cit.

25) SAMUELSON, P. A. - NORDHAUS, W. D.; op. cit. Siendo así, probablemente convenga referirse a competencia posicional, es decir, competencia para ocupar posiciones de ventaja relativa en el mercado, pero no para constituirse, necesariamente, en monopolio (u oligopolio), como parece sugerir la expresión de los autores citados.

26) "Monopolista es, en este sentido, todo aquel que cuenta con la exclusividad de algún factor productivo" (BENEGAS LYNCH h], A.; op cit. El énfasis en la cita, me pertenece).

27) "Monopolio es...toda empresa...que concentra hasta el extremo la oferta de un bien o servicio"; esto es, "donde falta absolutamente la concurrencia por parte de los vendedores" (BALLESTERO, E.; Introducción a la teoría económica; cit.).

28) "Situación en que la totalidad de la oferta en el mercado está cargo de un solo productor, que se ve así exento de competidores y que no tiene motivo para temer el ingreso de éstos a fin de disputarle la clientela(BEVERAGGI ALLENDE, W.; Economía política y argentina, cit. El énfasis corresponde al original).

29) Debe recordarse que el Derecho del consumo, en general, según sostenemos, aspira a abordar la temática consumataria en sentido global, enfocada desde la posición de los consumidores y usuarios; en consecuencia, la invocada faz tutelar de dicho ordenamiento, aun inspirando el universo normativo del mismo, no agota la totalidad de aquel Derecho, atendiendo al denominado principio de integración al que me he referido en un trabajo anterior (CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte -algunos principios-; 25/10/2013; www.infojus.gov.ar. En este sentido, suscribo en un todo la afirmación del maestro BIDART CAMPOS quien sostuviera que `cuando se toma en consideración al mercado y al consumo, se habla de un "derecho de consumo", en cuyo centro se ubican los derechos del consumidor o (Autor citado, Manual de la Constitución reformada; T° II, Ediar, 2006).

30) OTAMENDI, JORGE; La competencia desleal; cit.

31) Los tria precepta iuris del Derecho romano, recogidos en el Digesto - Ulpiano - , y en las Institutas - Justiniano -, "honestoe vivere, alterum non laedere y suum cuique tribuere" (IGLESIAS, JUAN; Derecho Romano - Instituciones de derecho privado-; Ediciones Ariel, Barcelona, 1965. ORTOLAN, JOSEPH LOUIS ELZEAR; Instituciones de Justiniano; Bibliográfica Omeba, 1960) aplican adecuadamente al tema de la competencia desleal. En efecto, el contenido ético del "vivir honestamente" (GUARDIOLA, MIGUEL ANGEL; Temas de Derecho Romano - Nociones introductorias-; Cathedra, 1969) se extiende a cualquier tipo de normas sociales - en particular, las jurídicas - (IGLESIAS, loc. cit.), siendo que el universo de las empresas y los negocios no escapan a dicha premisa; asimismo, "dar a cada uno lo suyo" implica, desde el vamos, actuar con buena fe respecto del otro, respetando el ámbito propio de cada uno, ámbito que no debe ser agredido causándole perjuicios no tolerados por el ordenamiento jurídico.

32) OTAMENDI, JORGE, loc. cit.

33) Idem anterior.

34) Ibidem anterior.

35) OTAMENDI, JORGE, loc. cit.

36) BEVERAGGI ALLENDE, W.; Economía política y argentina, cit.

37) Idem anterior.

38) BENEGAS LYNCH (h.), A.; Fundamentos de análisis económico, cit. Según este autor, existen ciertos límites del propio mercado que tienden a frenar el desarrollo de los monopolios naturales, como son: la competencia potencial, los productos sustitutos, la elasticidad de la demanda, el factor competitivo permanente y la ley de rendimientos decrecientes (loc. cit.); estos límites

harían innecesaria - y hasta contraproducente - la injerencia gubernamental al respecto.

39) Restricciones de la acumulación privada y monopolios; Organización de Estados Americanos; <http://pdba.georgetown.edu>.

40) Ver: Departamento de Justicia de EE.UU., Las leyes antimonopolios y Usted; <http://justice.gov>. Asimismo, con espíritu crítico: VACHNITZ, VERENA; Leyes antimonopolio versus derechos individuales; www.archipielagolibertad.org.

41) Arg. BEVERAGGI ALLENDE, W.; Economía política y argentina, cit.

42) BIDART CAMPOS, G.J.; op cit.

43) LASARTE ALVAREZ, CARLOS; La protección del consumidor como principio general del derecho; www.consumo-inc.gob.es.

44) CONDOMI, A.M.; Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte, cit.

45) CONDOMI, A.M.; loc cit en nota anterior.

46) Sobre el equilibrio referido, véase: CONDOMI, ALFREDO MARIO; *Ética profesional: el ejercicio de una sabiduría serena*; LA LEY -Supl. Actualidad-, 16/11/2004.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 22 DE NOVIEMBRE DE 2013

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.953, Ley 340 Art.1069, Ley 340 Art.1071, Constitución Nacional Art.14, Constitución Nacional Art.17, Constitución Nacional Art.42, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.159, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.289, Ley 22.362, Ley 22.802, LEY 24.766, LEY 25156, LEY 26.522

Primeros pasos en el derecho del consumo. Tercera parte

El consumidor y la relación del consumo

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 30 DE OCTUBRE DE 2013

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-RELACION DE CONSUMO

TEXTO

1. Considerando como conceptos básicos que, "consumidor" (o usuario) es el destinatario final o último de los bienes (y servicios) que surgen de la denominada red (o cadena) de provisión (LDC, art. 1º), y que "relación de consumo" es el vínculo jurídico establecido entre consumidor y proveedor (LDC, art. 3º), resulta sencillo concluir en que "consumidor" es el concepto central de este par ordenado (consumidor-relación de consumo), de momento que la expresión "relación de consumo" se define, en principio, a partir del término "consumidor".

2. En este sentido, las normas legales citadas guardan coherencia con la denominada "cláusula consumerista" del art. 42, Cons. Nac., de momento que esta disposición, expresamente, reconoce los derechos respectivos a "los consumidores y usuarios de bienes y servicios...en la relación de consumo".

3. Ahora bien, en estos términos, se diría que la defensa jurídica de consumidores y usuarios se limitara a su posición en la relación de consumo, esto es, que el punto de partida para que operara la cobertura proteccionista a nivel constitucional y legal, debiera ser una relación de consumo ya

establecida. Como hiciera notar en un trabajo anterior (1), creo que existen razones suficientes para sostener que nuestro ordenamiento jurídico asegura el establecimiento de relaciones de consumo, garantizando el derecho de acceder al consumo (o derecho de acceso al consumo en sí mismo).

4. En efecto; ello es así, en primer lugar, porque existen normas convencionales de derecho internacional sobre derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad (2) de la República, como sostuviera con anterioridad (3). Pero, además, tanto por naturaleza como por exigencias socio-culturales, todos y cada uno de nosotros requerimos satisfacer un número significativo de necesidades (4) que, constantemente, nos pone en situación de consumidores; es así entonces que, en virtud de realidades concretas - y no por la mera frase de un recordado presidente estadounidense -, somos consumidores, cualquiera sea nuestra posición económica, social, cultural, etc.

5. En estos términos, la referencia del texto constitucional a "los consumidores y usuarios de bienes y servicios" (norma cit.), se extiende a todos los habitantes de la Nación (args. arts. 1, Cód. Civ. y 8° bis, LDC) pues, como bien se ha señalado, "si todos somos consumidores, (quién es el consumidor?" (5), siendo que dicho carácter "puede predicarse de toda persona" (6) (7).

6. Por otra parte, la extensión de la cobertura de la LDC al consumidor equiparado y al expuesto (art. 1°, ley cit.), sitúa a la relación de consumo en un punto de referencia omnipresente pero no central; en efecto, la defensa y protección (8) de consumidores y usuarios si bien implica la existencia necesaria de alguna relación de consumo, lo hace en la medida en que ésta afecte, directa o indirectamente, a un sujeto, individual o colectivamente considerado (9). En este sentido, se ha dicho que, en rigor, no es la relación de consumo el objeto propio de la LDC, sino el consumidor, a cuya defensa atiende la normativa vigente (10). Cabe recordar, no obstante, que es la ley 26.361, modificatoria de la 24.240, la que introduce en dicho nivel normativo la expresión "relación de consumo", en sintonía con la denominada "cláusula consumerista" constitucional, siendo que, aun como mera referencia, no puede soslayarse dicho concepto en la economía general de la LDC.

7. Ocurre que, a la restringida protección al consumidor/usuario concedida por la ley 24.240 - limitada al vínculo de origen contractual y de carácter oneroso -, le siguió la reforma constitucional de 1994, que se refiere a la relación de consumo (art. 42, cit.) y, finalmente, la mencionada ley 26.361 introduce en el régimen de la LDC la misma expresión, ampliando, sin embargo, las categorías de "consumidor/usuario", como se recuerda `suprao, circunstancia que debe integrarse, necesariamente, con la norma constitucional - de orden superior, por cierto (11)-.

8. En suma: se constata una notable amplificación de la materia consumataria objeto de regulación, fruto, tanto de la expansión del concepto legal de "consumidor/usuario", cuanto de la indeterminación de la denominada "relación de consumo" que, desde la reforma constitucional, ya no quedará limitada al ámbito contractual oneroso (12).

9. En consecuencia, la relación de consumo que, en principio, se establece como vínculo jurídico entre consumidor ("propriadamente dicho" (13)) y proveedor (LDC, art. 3°), se constituye, asimismo, en punto de referencia respecto de los denominados consumidores/usuarios "equiparados" y "por exposición" (14); ello así de momento que, en los términos del art. 1°, LDC, la protección legal alcanza al consumidor "equiparado", en la medida en que "sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final..."; y "a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo" (consumidor "por exposición"). En estos términos, alguna relación de consumo debe estar establecida, sea como vínculo determinante de la calidad de consumidor/usuario (en sentido propio), o como referencia respecto de consumidores/usuarios equiparados o por exposición, como quedó dicho. En tal sentido, se hace notar la "innegable interrelación" existente entre ambos conceptos (consumidor/relación de consumo), que integran, así, "un todo inescindible" (15).

10. Ocurre, entonces, que, en todo caso, el concepto de "relación de consumo" se independiza del de "contrato de consumo", no siendo necesaria la existencia de éste para que tenga lugar aquélla (16). Pero, además, el propio concepto de "relación de consumo", como se vio, deja de ocupar el centro de la escena consumeril respecto de las figuras alternativas de "consumidor/usuario", en los términos del art. 1º, LDC.

11. De todos modos, el concepto de "relación de consumo" que, en los términos de la LDC se ciñe al vínculo jurídico entre consumidor en sentido propio, por una parte, y proveedor, por la otra, debe interpretarse a la luz del art. 42 y ccs., Cons. Nac., de orden superior. En efecto, el principio de ordinalidad normativa, según el cual, un ordenamiento jurídico cuenta con normas de distinto nivel u orden, como consecuencia de lo cual las normas de nivel inferior (en este caso, la ley) ceden ante las de nivel superior (i.e, la Constitución), impone la interpretación y aplicación de aquéllas sobre la base de los criterios sustentados en éstas y con el alcance con que tales criterios se hallan expresados. En consecuencia, si la norma superior concibe un instituto jurídico cualquiera en términos amplios, la interpretación y aplicación de la normativa inferior respectiva, debe realizarse a partir de la amplitud con que dicho instituto ha sido concebido por aquella norma; en todo caso, tratándose de derecho tuitivo - como lo es el consumerista -, la normativa inferior - y su interpretación y aplicación - puede, en principio, incrementar el marco jurídico protectorio (17), pero nunca disminuirlo.

12. Por otra parte, se perfila un cambio de visión del fenómeno consumatario, que habilita un replanteo global de la materia. En efecto, atento a la particular posición del consumidor/usuario en la denominada estructura de consumo - y en el mundo-, un centro de referencia constante y omnipresente que nos incluye a todos (18), cabe re-diseñar, desde una perspectiva policompetente, el universo de situaciones, actos y relaciones que incumben a la materia consumerista (19).

13. En tal sentido, ciertas relaciones jurídicas, otrora insertas en una suerte de figura bilateral - en particular, de origen contractual -, se perfilan actualmente dentro del esquema general consumeril, ampliando sus aristas; así, p. ej., el seguro de responsabilidad civil, típicamente diseñado para mantener incólume el patrimonio del asegurado una vez ocurrido el siniestro (20) - circunstancia que no admitiría, en principio, extender el régimen consumatario a la disciplina propia del contrato de seguro, a favor del tercero en calidad de "bystander" (consumidor por exposición) (21) -, y que constituye una relación de consumo entre asegurador y asegurado, bien puede integrarse en un ámbito mayor de consumo, incluyendo a la víctima del siniestro - acreedor del asegurado -.

14. El fallo referido en el apartado anterior, de la Cám. Civil y Comercial de Necochea, `in reo "Luque, Claudia Andrea c/Ferreiro, José Antonio y otros s/daños y perjuicios", del 15/11/2012, resuelve rechazar la aplicación del plazo de prescripción establecido en el art. 50, LDC, invocado por la parte actora - víctima de un accidente de tránsito-, aludiendo ésta su carácter de consumidor (usuario) "expuesto" en los términos del art. 1º, LDC, atento a que la empresa aseguradora - citada en garantía - se constituye en proveedora en los términos del art. 2º, LDC, de un servicio de marcado contenido social - seguro de responsabilidad civil - cuya contratación, por añadidura, resulta obligatoria (art. 68, ley 24.449); sostiene la demandante que dicho instituto tiene por objetivo central beneficiar a las víctimas de accidentes de tránsito; la actora, entonces, se constituye así en consumidor final "fáctico" (consumidor expuesto) - atento al carácter extra-contractual de la responsabilidad que pesa sobre el causante del daño - respecto del contrato de consumo en cuya virtud la aseguradora presta sus servicios; menciona, asimismo, los principios "favor debilis" e "in dubio pro consummatore", vigentes en la materia (22), a su favor.

15. No obstante, el Tribunal confirma el fallo de primera instancia - que aplicó el plazo de prescripción de dos años del art. 4037, Cód. Civ-, sosteniendo, en síntesis que: a) "la inclusión del último párrafo de la citada norma art. 1º, LDC] tuvo en miras situaciones distintas a las que

pretende amparar la recurrente en su argumentación"; esto es, "tutelar a quienes, de un modo u otro, se encuentren expuestos a la comercialización o circulación de productos elaborados viéndose resguardado su seguridad -art. 5 Ley 24.240-"; b) "la causa del daño que se busca resarcir es un ilícito de fuente extracontractual, más precisamente un accidente de tránsito, que no tuvo su origen u ocasión en la aludida relación de consumo entre los demandados y la citada en garantía". Como argumento adicional, se agrega que "la ubicación metodológica de la norma que se pretende aplicar, inserta dentro de un capítulo destinado a reglar el procedimiento de denuncias, tiene evidentemente una finalidad instrumental o de forma", circunstancia que, en todo caso, resulta conflictiva y dificulta su interpretación y aplicación.

16. Como se ve, la decisión judicial en comentario conserva la visión bilateral contractualista de la relación de seguro limitada al asegurado y su asegurador, descartando su inclusión en el esquema más amplio del ámbito del consumo, no ya entre las partes de dicha figura contractual, sino respecto del tercero (víctima del siniestro) beneficiario, en definitiva, de la cobertura indemnizatoria a su favor. Ciertamente que, mantener a salvo el patrimonio del asegurado, constituye motivo suficiente para la contratación del seguro de responsabilidad civil; pero, también es cierto que, la existencia de la garantía del asegurador, ofrece al tercero perjudicado una posibilidad más - y, a veces, la única disponible - para obtener el resarcimiento que le pueda corresponder; y, según entiendo, es ésta última y no otra, la razón de la obligatoriedad legal de dicho contrato.

17. No es mi intención realizar un comentario exhaustivo del fallo citado - el que obra en otro lugar (23)- sino, solamente, ilustrar con un ejemplo real las vicisitudes que incumben al consumo y su protagonista principal. La pretendida exclusión del denominado "bystander" en el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, en trámite (24), coadyuva a limitar la cobertura proteccionista del derecho consumatorio, eliminando un supuesto conceptual de "consumidor" inserto, en la legislación actual, en una norma de alcance "residual", como es la que prevé el consumidor "por exposición" o (meramente "expuesto") del art. 1º, in fineo, LDC.

Notas al pie:

1) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor; www.infojus.gov.ar; 07/12/2012

2) BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ; Manual de la Constitución reformada; Tº I; Ediar; 2006.

3) Loc. cito.

4) CONDOMI, ALFREDO MARIO; Primeros pasos en el Derecho del consumo. Introducción; www.infojus.gov.ar; 07/08/2013.

5) PARELLADA, ARIEL G. y PARELLADA, CARLOS A.; Si todos somos consumidores, (Quién es el consumidor?, en "Tutela jurídica de los consumidores"; Universidad Nacional de San Juan, Facultad de Ciencias Sociales; 2010;

6) Loc. cito.

7) Se recuerda que consumidores y usuarios no constituyen una clase o grupo social - aunque admitan ser reunidos en agrupamientos parciales -; se trata, en todo caso, de un agregado social.

8) Respecto de la distinción entre defensa y protección, según ALEXY, en nuestra materia, ver: CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (primeras aproximaciones"; www.infojus.gov.ar; 20/10/2011.

9) CONDOMÍ, A.M.; Reflexiones generales...cit.

10) RINESSI, ANTONIO JUAN y REY de RINESSI, ROSA NÉLIDA; La relación de consumo en la ley 26.361 y en la Constitución Nacional; www.acaderc.org.ar.

11) Loc. cit.o

12) RUSCONI, DANTE DANIEL.; La noción de "consumidor" en la nueva ley de defensa del consumidor; www.acaderc.org.ar. Como contrapartida, ver la restricción del concepto de consumidor ensayada en el Proyecto de Código unificado: CONDOMI, ALFREDO MARIO; Comentarios al Proyecto de unificación del Código Civil y el Código de Comercio de la Nación, P.E.N., 2012, en materia de derechos del consumidor; www.infojus.gov.ar, 10/07/2012.

13) CONDOMI, A. M.; Reflexiones generales...cit. Ídem: Primeros pasos...; cit.

- 14) CONDOMÍ, A.M.; Primeros pasos...; cit.
- 15) RUSCONI, D. D.; La noción de "consumidor"...; cit.
- 16) Nótese cierta similitud entre la dualidad "contrato de consumo/relación de consumo", y la de "contrato de trabajo/relación de trabajo" (LCT, art. 22); en ambos casos, es evidente la indiferencia de la fuente que da lugar a la relación respectiva, sin que ello obste a la aplicación del ordenamiento tutelar correspondiente.
- 17) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; Algunas cuestiones particulares del Derecho del consumo. www.infojus.gov.ar; 05/02/2013.
- 18) CONDOMÍ, A.M.; Primeros pasos...; cit.
- 19) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; Primeros pasos en el Derecho del consumo. Algunos principios.
- 20) SCJBA; "Morera, Arturo c/Provincia de Buenos Aires", 15/11/1994.
- 21) "Cám. Civil y Comercial, Necochea; "Luque, Claudia Andrea c/Ferreiro, José Antonio y otros s/daños y perjuicios"; 15/11/2012.
- 22) CONDOMI, A.M., Reflexiones generales..., cit.
- 23) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; Construcción de un sujeto de derecho: `quid odel consumidor "expuesto" (un caso jurisprudencial). (Aún inédito).
- 24) Véase la crítica respectiva en CONDOMÍ, A.M.: Comentarios al Proyecto de unificación..., cit.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 30 DE OCTUBRE DE 2013

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.1, Ley 340 Art.4037, Constitución Nacional Art.42, Ley 24.240 Art.1, Ley 24.240 Art.2, Ley 24.240 Art.3, Ley 24.240 Art.5, Ley 24.240 Art.8 Bis , Ley 24.240 Art.50, Ley 24.240 Art.68, LEY 26.361

Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte

Algunos principios

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 25 DE OCTUBRE DE 2013

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

Ciertos principios que informan el Derecho del Consumo, cuya configuración propiciamos en este trabajo, caracterizan al mismo con perfil propio. Pueden mencionarse:

- A) Principios de integración, que se desdoblán en:
 - A1) integración disciplinaria ("policompetencia");
 - A2) integración jurídico - normativa (sub] principio del centro dinámico de referencia).
- B) Principio de primacía de la realidad condicionada.
- C) Principio de configuración genérica.
- D) Principios pro consumidor.
- E) Principio de comunicabilidad.
- F) Principio de buena fe/transparencia.
- G) Principio de reparación integral.
- H) Principio de economía.

A) Principios de integración.
A1) Llamo integración disciplinaria al enfoque de estudio de un objeto desde una base de conocimientos integrados, constituyéndose así una suerte de "nexialismo" (1) epistemológico que, superando tanto las miras disciplinarias separadas (enfoque disciplinario, cada disciplina "en lo suyo" - incomunicabilidad-), como multidisciplinarias (varias disciplinas que aportan cada una lo suyo pero cuyos resultados se reúnen temáticamente - comunicabilidad "ex post"-), e interdisciplinarias (disciplinas que abordan un mismo objeto de conocimiento con un mismo fin anticipado -comunicabilidad "ex ante"-), sintetiza (2) un complejo cognoscitivo que permite manejar con eficiencia las variables múltiples que configuran la complejidad del objeto en tratamiento (3). En otros términos: se trata de superar, gnoseológica y operativamente, los esquemas que configuran las disciplinas aisladas y sus conclusiones - compartimentos estancos-, tanto como la conclusión de conclusiones -"gran conclusión"- de las multi disciplinas, cuanto las conclusiones condicionadas - en vista al fin común- interdisciplinarias; se trata, en suma, de partir de un núcleo sólido de conocimientos homogéneos (policompetencia) que admita conclusiones propias y coherentes, es decir, adecuadas al objeto en estudio.

En tal sentido, la temática consumerista, cuyo carácter multi o interdisciplinario ha sido tempranamente señalado por doctrina y jurisprudencia (4), bien puede ser abordada desde la policompetencia, en los términos indicados. En efecto, es evidente que dicha materia no se limita a aspectos meramente jurídico - normativos, sino que comprende problemáticas sociales, culturales, económicas, políticas, etc. interactuantes, las que, en consecuencia, no pueden resolverse adecuadamente desde posiciones sesgadas - es decir, parciales y fragmentarias, parcelarias- : ninguna disciplina en particular lograría per se dar respuesta eficaz a tales desafíos.

A2) Asimismo, debe admitirse la integración jurídico-normativa que, necesariamente, ha de regular la materia del consumo (5). Y esto es así, en dos frentes complementarios:

a) En sentido restringido, referido a la defensa y protección de consumidores y usuarios, baste recordar que la propia LDC (ley 24.240 y ref.), establece en su art. 3º (... "Integración normativa...") que sus disposiciones "se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo", de donde surge la idea de un sistema integrado de normas aplicables en la materia, siempre bajo la óptica del carácter de orden público de dicha normativa y del principio pro consummatore (6).

Por cierto, la primera integración normativa que "salta a la vista", es la que surge de los arts. 41, 42 y 43, Cons. Nac., entre sí, y con relación a las disposiciones legales consecuentes. En efecto, queda claro, en primer lugar, que esa suerte de "tandem" normativo constituido por las denominadas "cláusula ambiental", "cláusula consumerista" y "cláusula instrumental", referidas a los artículos constitucionales mencionados, respectivamente, relaciona dichas cláusulas mediante un vínculo temático que las enlaza; ello así ya que existe una esencial conexión entre el consumo (art. 42, cit.), su sustentabilidad (art. 41, cit.) y las vías procedimentales previstas para efectivizar la protección y la defensa de los derechos afectados (art. 43, cit.). Pero, además, la reglamentación legal de tales derechos - la LDC, en primer lugar- complementa las disposiciones constitucionales citadas, sin perjuicio de la fuerza normativa de éstas, `per seo(7).

b) En sentido amplio, siendo que el fenómeno del consumo, desde el productor y/o el prestador de bienes y servicios, hasta el consumidor y/o usuario de los mismos, implica una extensa estructura (8) de múltiples variables, ciertamente concatenadas hacia el destino final de aquéllos (9), deberá reconocerse, en consecuencia, la integración global que ha menester diseñar con las diversas normativas que puedan afectar al consumo en tanto eje motivador de la producción y prestación de bienes y servicios destinados a tal fin. En efecto; la problemática referida al consumidor/usuario se ubicaría, en principio, en el campo del derecho civil - actualmente de orden público (LDC, art. 65) -, en tanto el mismo rige al hombre como tal, es decir, sin especificaciones concretas, tendiendo a satisfacer sus necesidades de carácter genéricamente humano (10); sin embargo, queda en claro que la amplia estructura consumerista indicada encuadra, también, en el derecho comercial - tanto respecto de la materia empresarial cuanto inter-empresarial (relaciones entre proveedores), como asimismo con referencia al consumidor (actos unilateralmente comerciales (art. 7, Cód. Com.); pero, además, el consumo, como fenómeno global, excede las perspectivas del denominado "derecho común" abarcando, asimismo, aspectos atinentes al derecho público, en atención al rol protagónico del Estado en su carácter de tal, en la regulación y control de las relaciones consumatarias. En este sentido, resultando el consumo (final) la meta última de la llamada cadena o red de provisión - que motiva y justifica el esfuerzo de producción, comercialización y abastecimiento de bienes y servicios -, se hace necesario diseñar la regulación adecuada en esta materia, desde la perspectiva del consumidor/usuario (11); es éste un desafío que tiende a reformular, integrándola, toda la normativa que afecte a la estructura de consumo. Se trata de considerar un así denominado (sub) principio del centro dinámico de referencia, dado por la posición preferente del consumo - en términos económicos - y del consumidor/usuario - en la estructura de consumo -, como queda dicho; con todo, dicha posición central, se manifiesta dinámicamente, en un universo en el cual todos y cada uno somos consumidores (12), de modo tal que dicho "centro" se ubica simultánea, pero también alternativamente, aquí o allá, donde sea que un consumidor/usuario se manifieste.

B) Principio de primacía de la realidad condicionada. Este principio de la realidad (o de la realidad económica) se expresa, con diversas variantes, en distintas "ramas" del ordenamiento jurídico substancial (13); en el ámbito adjetivo se manifiesta como principio de la verdad material (14) o, tal vez con mayor propiedad, de la certeza real y no meramente formal - porque "la verdad" es única -(15). En virtud de este principio, p. ej., es necesario prescindir de los aspectos formales de las relaciones de consumo, esto es, de las estructuras formalmente establecidas por el proveedor - parte "fuerte" del vínculo consumerista -, y considerar "las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan", desentrañando "los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa" (16). De este modo, las situaciones de consumo deben ser consideradas sobre una base crítico-sociológica - en tanto se trata de hechos insertos en una realidad histórica dada (17), sin perjuicio del ejercicio de una adecuada comprensión (verstehen) del fenómeno consumatario (18), atento a sus innegables condicionamientos de índole cultural.

No obstante, y precisamente a partir de la consideración realista de los intereses en juego y de la falta de adecuados "contrapesos de mercado" en resguardo del consumidor/usuario, autorizada doctrina (19) ha señalado, paradójicamente, un cierto "renacimiento del formalismo" a favor de la parte débil de la relación de consumo, según se verifica en el articulado de la LDC;

tales, los requisitos legales de tipo formal que tienden a proteger al consumidor/usuario de eventuales abusos del empresario, que condicionan tales aspectos de la relación de consumo.

C) Principio de configuración genérica. La recordada frase de J. F. KENNEDY, "consumers, by definition, include us all" (20), al situar al consumidor/usuario en el centro

de la estructura de consumo (21), habilita un concepto genérico del término; esto es, sin calificaciones en particular, por su sola condición de destinatario final de bienes y servicios. No empece lo expuesto la diferenciación establecida en el art. 1° de la LDC entre consumidor "típico" o propiamente dicho, consumidor "equiparado" y consumidor meramente "expuesto" (22), en la medida en que aquélla apunta a establecer una mayor cobertura defensiva en la materia (23). Valga lo dicho en contraposición a cierta doctrina tendiente a imputar distintas consecuencias jurídicas (es decir, agravadas para el consumidor/usuario) para el supuesto que se apartare de un así denominado "consumidor medio", sobre la base de la mayor información con que éste cuente sobre los bienes y servicios disponibles (24). A este respecto, en primer lugar, parece algo incoherente que el ejercicio legítimo de uno de los derechos innegables del consumidor (informarse), pueda llegar hasta la negación de la protección - constitucional y legalmente asegurada -, sobre la base, precisamente, de un alto nivel de información logrado. Pero, además, creo que la defensa del consumidor no radica, necesariamente, en la ausente o deficiente información sobre bienes y servicios, sino en la confianza que el mismo deposita en su proveedor, acerca del obrar leal que se espera que éste observe en su actividad; esa confianza habilita en el consumidor/usuario una actitud despreocupada sobre las características y bondades del producto que le es ofrecido, tal y como le es ofrecido por el proveedor. (Este principio se conecta con el desarrollado bajo la letra "F", infra, referido a la buena fe-creencia del consumidor/usuario, respecto de la buena fe-probidad del proveedor.)

D) Principios pro consumidor. Éstos se configuran en el marco de los derechos de consumidores y usuarios, que fueron tratados en trabajos anteriores de este autor (25). En síntesis, se citan: I) Derechos primarios, que se refieren "a deberes y funciones del Estado". Ellos son los derechos: a) de acceso al consumo; b) a la educación para el consumo (26). II) Derechos sustanciales, esto es, que corresponden a "soluciones del Derecho de fondo". Ellos son los derechos: a) a la información; b) a la seguridad; c) a la salud; d) a preservar sus intereses económicos (27). III) Derechos instrumentales, que consisten en "mecanismos de participación, organización y reclamo, tendientes a efectivizar la vigencia y el respeto de aquéllos". Ellos son los derechos: a) de participación; b) de organización; c) de reclamo (28).

En concreto, integran el principio (madre) pro-consumidor, los siguientes: a) favor debilis, que "tiende a la protección de aquél a quien se considera "parte débil" en una relación o situación jurídica"; b) in dubio pro debitoris, "aunque referido a interpretación de normas contractuales en general, excede el marco acotado de los contratos de consumo y como principio del derecho de las obligaciones"; c) in dubio pro consummatore que "deriva de la posición desventajosa que se atribuye al consumidor o usuario respecto de sus proveedores y reposa, en esencia, en la pauta según la cual, en caso de presentarse dudas en la inteligencia de una norma, ésta debe interpretarse del modo más favorable al consumidor" (29).

E) Principio de comunicabilidad. Las situaciones de consumo se caracterizan por su comunicabilidad de consumidor a consumidor, de usuario a usuario, dada la índole de su participación en la estructura de consumo - de la que son parte integrante (30), constituyendo, en conjunto, un agregado social (31)-; esto es, en virtud de la homogeneidad de los intereses que les incumbe (32), que habilitan relaciones cuasi-empáticas entre los consumidores/usuarios en supuestos análogos (33). En consecuencia, dicha comunicabilidad situacional se traduce en derechos instrumentales del consumidor/usuario (comunicabilidad procesal). En este sentido, el art. 42, Cons. Nac., alude a la participación y a la organización en asociaciones de consumidores y usuarios; en tanto que el art. 43 de la Ley Suprema se refiere a "procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos" y a la "acción expedita y rápida de amparo" respecto de los "derechos que protegen...al usuario y al consumidor"; y agrega "así como a los derechos de incidencia colectiva en general" - una de cuyas especies es, precisamente, la atinente a consumidores y usuarios (34)-. A su turno, la LDC implementa normativamente estas cuestiones (35), en cuanto

a participación (art. 60), organización (arts. 55 a 58, 60, 62) y reclamos (Capítulos XII, XIII, XIV y XV) (36). En particular, merece destacarse que el mencionado art. 42, Cons. Nac., habilita la interposición de la acción de amparo, indistintamente, al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones del rubro - es decir, con suficiente representatividad del colectivo de consumidores/usuarios afectados -; y la LDC, especifica que, en la materia, procede la formulación de acciones de incidencia colectiva, en cuyo caso, en principio, "la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones" (art. 54, ley cit.). Resta recordar que el fallo de C.S.J.N., "Halabi", cit., sitúa los derechos de consumidores y usuarios en la categoría de "derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos", en cuyo supuesto "se afectan derechos 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 homogénea", en cuya virtud "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".

F) Principio de buena fe/transparencia. En materia obligacional se distingue entre buena fe-creencia y buena fe-probidad (37), siendo que la apariencia - estado objetivo manifestado por una parte de la relación - en nuestro caso, el proveedor -, justifica la creencia - estado subjetivo - de la otra parte - en nuestro caso, el consumidor/usuario -; en esta secuencia, la creencia de esta parte exige la buena fe-probidad - estado objetivo consistente en el comportamiento leal y honesto de la parte en que se ha depositado aquella confianza, esto es, el proveedor. Por cierto que son éstos principios generales de la responsabilidad civil e, incluso, comunes a la materia contractual para ambas partes de la relación (38); sin embargo, en el derecho del consumo, atento a la particular situación del consumidor/usuario - que deviene hiposuficiente (39)-, el principio de buena fe se acentúa como un débito predominantemente en cabeza del proveedor. En estos términos, se cita, asimismo, el (sub) principio de transparencia, en cuya virtud, se requiere de los proveedores que la mentada apariencia, que justifica en el consumidor/usuario su creencia en ellos, debe ajustarse a las realidades subyacentes, particularmente en materia de publicidad e información (40).

G) Principio de reparación integral. Se ha señalado que diversos hechos generadores de daños, provenientes de la producción y distribución en masa de bienes y servicios, han impulsado el dictado de normativas dirigidas a la responsabilidad por perjuicios al consumidor/usuario, haciendo abstracción de su índole contractual o extra-contractual (41). En este sentido, nuestro régimen jurídico general, distingue entre ambos tipos de responsabilidad, pudiendo establecerse diferencias en el alcance de las consecuencias por las que debería responder el vendedor/prestador (co-contratante) frente al consumidor/usuario, respecto del resto de los proveedores; sin embargo, se arriba a la conclusión que, en materia del consumo, "la LDC, no distinguiendo entre responsabilidad contractual y responsabilidad extra-contractual de los proveedores, en principio, los pone en pie de igualdad, habilitando al consumidor o usuario a reclamarles, a todos y cada uno de ellos, el total de su crédito" (42), siendo "que, de la propia LDC surge el criterio antes expuesto según el cual todos los proveedores son solidariamente responsables ante el consumidor o usuario, en los términos de una reparación integral de éste" (43); ello así atento a que el art. 54, párrafo 3º, LDC - referido a las acciones de incidencia colectiva - claramente establece dicho principio, "criterio éste aplicable, sin dudas, a los reclamos de tipo individual" (44).

Ahora bien, el principio de reparación integral comprende el resarcimiento de todo daño actualmente cierto, sea como daño emergente o lucro cesante, directo o indirecto, patrimonial o moral, presente o futuro (45). Sin embargo, la LDC limita en dos supuestos el alcance indemnizatorio del daño al consumidor/usuario. En efecto: 1.- en sede administrativa, restringe la facultad resarcitoria al denominado "daño directo", limitando su magnitud en los términos del art. 40 bis, ley cit.; la decisión que formule la autoridad respectiva es apelable (46) (47); 2.- los tribunales arbitrales de consumo (LDC, art. 59) no están cuantitativamente limitados - en la medida del acuerdo previo de partes -, pero quedan fuera de su jurisdicción los supuestos que, en principio, excedan los derechos de libre disponibilidad de las partes (así, p. ej.: ley 2.963, CABA, art. 3º; Dto. 276/98, P.E.N., art. 2º) (48) (49); además, las decisiones que adopte el tribunal arbitral de consumo "en

equidad" (como amigables componedores), no son apelables (ley 2.963, CABA, art. 14; Dto. 276/98, P.E.N., art. 15). A su turno, las actuaciones ante las asociaciones de consumidores son meramente conciliadoras; ellas carecen de facultades sancionadoras y jurisdiccionales (LDC, art. 58). Finalmente, los tribunales de justicia cuentan, además, con facultades para aplicar daños punitivos (multas civiles; LDC, art. 52 bis) (50).

H) Principio de economía. El fenómeno del consumo, motor y norte de la producción y comercialización de bienes y servicios (red de provisión), ubica a sus protagonistas (consumidores/usuarios) en una posición de desventaja comparativa con relación a los proveedores en la estructura de consumo (51). En tal sentido, resulta equitativo entonces, al menos inicialmente, eximir al "débil" de cargas económicas cuando debe efectuar un reclamo proveniente de una relación de consumo, facilitándole el libre acceso a las vías pertinentes (52); y digo "al menos inicialmente", ya que hay consenso generalizado en cuanto a que, en sentido restringido, las normas contenidas en los arts. 53 y 55, LDC (53) se refieren, indudablemente (54), a la exención del pago previo de tasa de justicia respecto del consumidor/usuario y/o la asociación que los represente; pero, además, se considera que dicha disposición abarca, en sentido amplio, la dispensa legal - al menos para el consumidor/usuario individual - de todo costo económico inherente a un reclamo en la materia, comprendiendo todo tributo o arancel, honorarios de letrados y peritos, gastos de diligenciamiento, etc. (55); aunque, también, dicho beneficio puede extenderse a las asociaciones representativas (56). Ahora bien, conviene aclarar que las actuaciones del consumidor/usuario, en sedes administrativa y arbitral, como ante las asociaciones de consumidores, están exentas del pago de tributos o aranceles y los respectivos procedimientos no prevén la imposición de costas. En ningún caso se requiere patrocinio letrado obligatorio - evitando el devengo de honorarios profesionales -, sin perjuicio de que el consumidor/usuario - y, ciertamente, el empresario - decida contar con asistencia letrada, a su cargo. En los procedimientos administrativo y arbitral, el costo de diligenciamiento de las pruebas, en principio, corre por cuenta de cada una de las partes (57).

Notas al pie:

1) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; Breve curso elemental de análisis jurídico; LA LEY -Supl. Actualidad-, 25/02/2005.

2) "Sintetizar", en el texto, implica un proceso de "conjugación" de elementos diversos y dispares que se conectan -nexialismo- y devienen en el surgimiento de un nivel innovador que consiste, precisamente, en la integración de aquéllos -nivel emergente-. En este sentido, la integración operativa de los aportes de diversas disciplinas desemboca en una nueva instancia de conocimientos policompetente. Como curiosidad señalo la existencia de organismos microscópicos que crecen tomando elementos de su medio, "sintetizan con ellos compuestos que no existen en el entorno y después reúnen estos compuestos para elaborar una estructura compleja que es el duplicado suyo" (GARDNER, MARTIN; Izquierda y derecha en el cosmos - 14, Moléculas vivas-; Salvat Editores, Barcelona;1985. El énfasis en la cita me pertenece). Así, el saber policompetente, integrando "desde el vamos" diversas disciplinas, puede arribar a nuevos estados de conocimientos en una materia determinada: la ecología, p. ej., no sería posible sin la conexión adecuada de distintos saberes (nexialismo), otrora dispersos en distintas disciplinas.

3) CONDOMI, A.M.; Policompetencia en el mundo jurídico - algunos casos concretos-; LA LEY -Supl. Actualidad-, 10/03/1998.

4) ALTERINI, ATILIO ANÍBAL; Los contratos de consumo; LA LEY, T° 1993-E).

5) El Tribunal Constitucional de España, 30/11/1982, señaló la inexistencia de "contornos precisos" en el "conjunto normativo que...tiene por objeto la defensa del consumidor" (citado por ALTERINI, A.A., op cit, quien, a este respecto, habla de un "sistema autónomo" que no es "ni Derecho comercial ni Derecho civil", loc cit).

6) CONDOMÍ, A.M.; Reflexiones generales sobre Defensa del Consumidor y Sistema Arbitral de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (primeras aproximaciones); www.infojus.gov.ar; 20/10/2011.

7) BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ; Manual de la Constitución reformada; T° 1; Ediar S.A., 2006.

8) CONDOMÍ, A.M.; Reflexiones generales..., cit. Asimismo, Algunas

cuestiones particulares del Derecho del Consumo; www.infojus.gov.ar; 05/02/2013.

9) La adquisición o utilización de bienes o servicios como destinatario final caracterizan al consumidor - o usuario - propiamente dicho, en los términos de la LDC (art. 1°).

10) BORDA, GUILLERMO ANTONIO; Manual de Derecho Civil - Parte General -; Editorial Perrot, 1996.

11) CONDOMÍ, A.M.; Algunas cuestiones particulares... cit.

12) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; Primeros pasos en el derecho del consumo. Introducción; www.infojus.gov.ar. 07/08/2013.

13) Así, p. ej., en derecho financiero (GIULIANI FONROUGE, CARLOS MARÍA; Derecho Financiero, Vol. II; Depalma, 1982); en Derecho Laboral (VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO; Derecho del trabajo y seguridad social; Astrea; 1979), en el que la doctrina señala mayores analogías con el derecho consumatario (GHERSI, CARLOS ALBERTO; Gratuidad para los procesos de los consumidores; comentario al fallo "Arroyo Estela María c/ Caja de Seguros S.A. s/ abreviado - cobro de pesos - recurso de apelación"; www.protectora.org.ar).

14) FALKE, IGNACIO AGUSTÍN; (La verdad formal o la verdad material en el proceso civil? Apuntes para reflexionar sobre cómo puede influir esta discusión en el ejercicio diario de la abogacía; www.infojus.gov.ar , 23/03/2012.

15) DEVIS ECHANDIA, HERNANDO; Compendio de pruebas judiciales; Rubinzal-Culzoni; T° I, 1984.

16) Código de Protección y defensa del consumidor, ley 29.571, Perú; art. V.- 8.

17) "Crítica" es la disciplina de lo cierto, esto es, de adquirir certidumbre (ODERIGO, MARIO ANGEL; Derecho procesal penal; Ediciones Depalma; 1975.

18) SCHUSTER, FÉLIX GUSTAVO; El método en las ciencias sociales; Centro Editor de América Latina, 1992.

19) ALTERINI, ATILIO ANIBAL; op cit.

20) "Consumidores", por definición, nos incluye a todos"; KENNEDY, JOHN FITZGERALD; Mensaje especial al Congreso sobre protección de los intereses del consumidor ; EE.UU.; marzo 15, 1962. CONDOMÍ, A.M.; Primeros pasos... ; cit.

21) (Sub) principio del centro de referencia; vid ut supra, A2), b).

22) CONDOMI, A.M.; Reflexiones generales...; cit.

23) No obstante, obsérvese la modificación introducida en el Proyecto de código unificado de derecho común; CONDOMI, ALFREDO MARIO; Comentarios al Proyecto de unificación del Código Civil y el Código de Comercio de la Nación (P.E.N.) en materia de derechos del consumidor; www.infojus.gov.ar; 10/07/2012.

24) CONDOMÍ, A.M.; El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor; www.infojus.gov.ar; 07/12/2011. Véase, p. ej.: PIETRO MOLINERO, RAMIRO J.; El abuso de derecho y las relaciones de consumo, cit. por ARIAS CAU, ESTEBAN JAVIER en: "La defensa del consumidor: pasado, presente y futuro a la luz del proyecto de Código civil 2012"; www.bicentenario.unc.edu.ar.

25) El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor; cit.. El árbitro de consumo ante los derechos sustanciales del consumidor; www.infojus.gov.ar ; 20/03/2012. El árbitro de consumo ante los derechos instrumentales del consumidor. www.infojus.gov.ar; 12/04/2013.

26) CONDOMÍ, A.M.; El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor; loc cit.

27) CONDOMÍ, A.M.; El árbitro de consumo ante los derechos sustanciales del consumidor; loc cit.

28) CONDOMÍ, A.M.; El árbitro de consumo ante los derechos instrumentales del consumidor; loc cit.

29) CONDOMÍ, A.M.; Reflexiones generales..., cit.

30) CONDOMÍ, A.M.; Reflexiones generales..., cit.

31) CONDOMÍ, A.M.; El árbitro de consumo ante los derechos instrumentales del consumidor; op cit.

32) C.S.J.N., fallo "Halabi"; 24/02/2009.

33) Tales relaciones de empatía se dan, en particular, tratándose de gustos, apetencias e, incluso, deseos, compartidos, a cuya satisfacción tiende la provisión de los bienes y servicios correspondientes; resaltándose los vínculos inter-subjetivos resultantes

34) CONDOMÍ, A.M.; El árbitro de consumo ante los derechos instrumentales del consumidor; op. cit.

- 35) CONDOMÍ, A.M.; loc. cit.
- 36) CONDOMÍ, A.M.; loc. cit.
- 37) ALTERINI, ATILIO ANÍBAL; La responsabilidad en la reforma civil; Cathedra, 1974.
- 38) ALTERINI, A.A.; loc. cit.
- 39) ARIAS CAU, E. J. ; La defensa del consumidor..., cit.
- 40) Código de Protección y defensa del consumidor, ley 29.571, Perú; art. V.- 3.
- 41) DÍEZ-PICASO, LUIS; Derecho de daños; Civitas Ediciones, 1999.
- 42) CONDOMÍ, A.M.; Reflexiones generales..., cit.
- 43) Loc. cit..
- 44) Loc. cit. Queda claro que la solidaridad pasiva impuesta por la ley a los proveedores, coadyuva a la posibilidad fáctica de que el consumidor/usuario sea plenamente resarcido
- 45) LLAMBIAS, JORGE JOAQUIN; Tratado de Derecho Civil - Parte General -, T° II, Ed. Perrot, 1997. BORDA, GUILLERMO ANTONIO; Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - , T° II, Editorial Perrot, 1971. Doctrina y jurisprudencia descartan el daño eventual, es decir, meramente hipotético o conjetural (VARIZAT, ANDRÉS FEDERICO; Daño pasado, daño futuro y principio de la reparación integral: sus proyecciones prácticas en un reciente fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba; Lexis N° 0003/70061440 1).
- 46) CONDOMI, A.M.; Reflexiones generales..., cit.
- 47) El PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, P.E.N., 2.012, altera substancialmente el régimen del daño punitivo previsto en la LDC (CONDOMI, A.M.; Comentarios al Proyecto de unificación..., cit.)
- 48) CONDOMI, A.M.; Reflexiones generales..., cit.
- 49) Dto. 276/98: "ARTÍCULO 2.- No pueden someterse a proceso arbitral: a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, y las que puedan dar origen a juicios ejecutivos; b) Las cuestiones que con arreglo a las leyes no puedan ser sometidas a juicio arbitral; c) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición y/o que no puedan ser sometidas a juicio arbitral; d) Las cuestiones de las que se deriven daños físicos, psíquicos y/o muerte del consumidor, y aquellas en las que exista la presunción de la comisión de un delito; e) Las cuestiones que por el monto reclamado queden exceptuadas por la reglamentación."
- 50) Esas facultades también son objeto de modificación en el PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, P.E.N., 2.012. (CONDOMI, A.M.; Comentarios al Proyecto...cit.).
- 51) CONDOMÍ, A.M.; Reflexiones generales..., cit.
- 52) Sucede en esto algo similar a lo que ocurre en materia laboral respecto del principio de gratuidad en favor del trabajador (LCT, art. 20); FERNÁNDEZ CAMPÓN, RAÉL; Régimen de contrato de trabajo; Astrea, 1993).
- 53) LDC, art. 53, último párrafo: "Las acciones que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita"; art. 55 `in fineo: "Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita".
- 54) Sin embargo, la Sala F de la Cám. Nac. Ap. en lo Comercial, `in reo "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de la Provincia de Córdoba S.A. s/ beneficio de litigar sin gastos", ha señalado que "si se pretendiera limitar la exoneración sólo al pago de la tasa de justicia con exclusión de los gastos causídicos, esa interpretación conduciría a la afectación de las autonomías provinciales, soberanas en materia tributaria", agregando que "el beneficio de justicia gratuita en el orden nacional puede identificarse -como ha quedado recién expuesto- con el beneficio de litigar sin gastos", siendo que "en las distintas provincias, habrá que estar a lo que allí se disponga respecto de la tasa judicial pero no respecto de las costas, por las que los consumidores y usuarios no deberían responder, salvo que prosperara un incidente de solvencia" (ver comentario de AB | 11 de junio 2013, en www.abogados.com.ar).
- 55) Cám. Apel. Civ. y Com., Sala III, Mar del Plata, "Oviedo Gladys Ester y Otro c/ Peugeot Citroen Argentina S.A. y Otro S/ Daños Y Perjuicios. Incump. Contractual (Exc. Estado), 13/07/2012.
- 56) CSJN, 11.10.11, "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/ sumarísimo"; Cám. Nac. Com., Sala F, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de la Provincia de Córdoba S.A. s/ beneficio de litigar sin gastos", con la salvedad en cuanto al pago de la tasa de

justicia indicada en la nota anterior.; ídem, "Red Argentina de Consumidores (Asociación Civil) c/ HSBC Bank Argentina S.A. s/beneficio de litigar sin gastos". En contra: Cám. Nac. Com., Sala D, "Unión de Usuarios y Consumidores c/CMR Falabella S.A. s/incidente de apelación", 28/09/2011; ídem, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de San Juan S.A. s/ beneficio de litigar sin gastos", 05/04/2013; etc.

57) Res. 212/98, Min. Ec. y Ob. y Ss.Púb., reglamentaria del Dto. 276/98: "Los costos que demande la producción de la prueba serán soportados por la parte que la ofrezca. Si ambas partes coincidieren en una misma prueba, los costos serán soportados en iguales proporciones. Las pruebas ordenadas de oficio serán costeadas por la DIRECCION NACIONAL DE COMERCIO INTERIOR, de acuerdo a sus disponibilidades presupuestarias. " A su turno, el Proyecto de reglamentación de la ley 2.963, CABA (ver: CONDOMÍ, A.M.; El árbitro de consumo ante los derechos instrumentales del consumidor; op. cit.), establece que "Los costos que demande la producción de la prueba serán soportados por la parte que la ofrezca. Si ambas partes coincidieren en una misma prueba, los costos serán soportados en iguales proporciones. Las pruebas ordenadas de oficio o las propuestas por el Consumidor- si existiera constancia fehaciente que aquel no puede hacerse cargo-, serán costeadas por el Área de Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo, de acuerdo a sus disponibilidades presupuestarias"; como se ve, en este último caso, el consumidor puede resultar exento demostrando su imposibilidad de afrontar los costos respectivos.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 25 DE OCTUBRE DE 2013

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 2.637 Art.7, Constitución Nacional Art.41, Constitución Nacional Art.42, Constitución Nacional Art.43, Ley 24.240, Ley 24.240 Art.53, Ley 24.240 Art.54, Ley 24.240 Art.55, Ley 24.240 Art.55 al 58, Ley 24.240 Art.60, Ley 24.240 Art.62, Ley 24.240 Art.65, LEY 2963, LEY 2963 Art.14

Algunas referencias sobre el derecho del consumidor

AMARANTE, ANTONIO ARMANDO|MAZZOLA, SERGIO ADRIÁN

Publicación: www.infojus.gov.ar, 15 DE OCTUBRE DE 2013

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR:NATURALEZA JURIDICA;REGIMEN LEGAL

TEXTO

Sin pretensión de exhaustividad, se pueden mencionar como notas de inherencia a este específico ámbito de la juridicidad, a las siguientes:

SU NATURALEZA: ES UN DERECHO HUMANO, DE TERCERA GENERACIÓN. LA ESPECIAL FINALIDAD TUITIVA.

Ciertamente, entre los Derechos Humanos se halla el Derecho del Consumidor, perteneciente éste a los de la llamada "tercera generación".

En efecto, el Derecho del Consumidor recién comienza a ser conocido socialmente -mas allá de los ámbitos académicos avanzados-, en la sexta década del Siglo XX., ocasión en que ante el Congreso de los Estados Unidos se hizo referencia al "grupo económico más grande en el mercado, ... pero que es el único grupo importante cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados", precisamente los consumidores.

Justamente, mediante tal reconocimiento de orfandad allí vertido, este plano jurídico -que hasta allí se manifestaba en forma dispersa y con poca fuerza- tomó un decidido impulso, conformándose a su merced una expansiva y específica malla protectoria en favor del consumidor; tal finalidad constituye el núcleo del presente instituto. En nuestro Continente y, con México a la cabeza (año 1975), no tardaron en soplar los vientos de la tuitividad en el mundo consumerista.

Nuestro País no fue ajeno al influjo de estas nuevas corrientes. Así, a partir de las dos últimas décadas, los consumidores argentinos fuimos investidos con específicas prerrogativas de atinencia, contenidas y expresadas bajo el paraguas protectorio de un imbricado sistema de defensa, sustantivamente progresivo, que se consolidó en el año 1994 en función del taxativo reconocimiento constitucional dado a su respecto, fundamentalmente con las directrices de los arts. 42 y 43, CN y otras de carácter supra legal en virtud del art.73, inc.22, CN.

Además, en la presente materia operan diversas dispositivades infraconstitucionales, entre ellas: la ley de orden público 24240 y sus varias modificatorias, caso de las leyes 24568, 24787, 24999 y, muy especialmente la de la ley 26361. También en el terreno legal derivado y expresándose como un instituto de carácter interdisciplinario, en esta sensible temática juegan varias normas de nuestro código civil, en especial la de los arts. 21, 1198, 1071, 1113, etc. A todo ello se suma una amplia gama de leyes nacionales y provinciales: 20680, 21970, 22262, 25156, 22802, 26356, etc., como las leyes provinciales III-2 (Digesto Legislativo de la provincia de Misiones) -ex 3811-, ley III y la ley 5 -ex 4149-, etc.

Es pertinente destacar que tal plexo normativo no se agota con lo hasta aquí ejemplificado, sino que el mismo se integra y enriquece con una muy variada expresión de leyes materiales y formales: P.ej., decretos, resoluciones, disposiciones, etc. y hasta algunas de rango municipal, lo cual constituye una cabal evidencia de la importancia y el interés convocante de los derechos del consumidor en nuestra vida institucional, todo ello ordenado en pro del sentido teleológico de los mismos: LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR, cual es precisamente la médula de la presente materia.

SUS DIRECTRICES DE INTERPRETACIÓN.

Es de puntualizar que la labor de hermenéusis en materia de derechos humanos y, específicamente en lo que a la defensa del consumidor atañe, requiere de estas directrices conceptuales:

- a) Criterio lógico y sistemático, con coherencia al texto constitucional, contextual.
- b) Criterio sociológico y teleológico, para asegurar, en la realidad social, el cumplimiento de sus fines protectorios.
- c) Ponderación especial de las siguientes reglas:

c.1. Principio pro hominis, este con dos subvariantes:

c.1 a. Preferencia interpretativa, la que más lo optimice, y que, a su vez, se plasma en diversos sub principios, como favor debilis, prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, y claro está, in dubio pro consumidor (3, 25, 37 LDC), etc.

c.1 b. Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete en caso de dudas deberá escoger la dispositividad que sea más favorable al consumidor (3, 25, 37 LDC). Tanto dicha regla interpretación, cuanto la preferencia en favor de tales normas, tienen su fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y similares.

c. 2 Mayor protección de los derechos, ello en el entendimiento que la regulación constitucional de los mismos es solamente un estándar mínimo, jamás un ceñimiento, ni de carácter definitivo, siempre por lo más favorable. Tal es la nota de EXPANSIVIDAD que caracteriza al presente género jurídico. Esto, a su vez, desde las siguientes perspectivas:

c 2 a. La subjetiva, para que llegue la protección al mayor número de personas (1, LDC); en tanto, en la faz pasiva, abarque con amplitud a los sujetos obligados (2, 40, LDC).

c 2 b. La objetiva, esto en cuanto a la eficacia horizontal y vertical de los derechos -teoría de la drittwirkung der grundrechte-, la que gramaticalmente significa "efecto horizontal de los derechos fundamentales", a la cual jurídicamente se la entiende como la vigencia de los derechos fundamentales en la vinculación entre particulares.

Es de señalar que este último principio y, por la consubstancial fuerza expansiva de este capítulo jurídico, se lo aplica a los vínculos entre sujetos privados, ello por la obvia obligación de respeto que a estos atañe en orden a los derechos humanos y con motivo o en ocasión de la relación habida entre pares y no sólo con del Estado.

REGLAS Y PRINCIPIOS DE APLICACIÓN EN LA PRESENTE MATERIA

Como antes se dejó vislumbrar, cabe afirmar que la ley 24240 y sus modificatorias -de ajuste y actualización de aquella- han dejado expresamente reconocidas las diversas reglas vectoras, destacándose las siguientes:

a) Desde la perspectiva subjetiva consagra la amplitud de abarcamiento, ello en la doble faz de tal elemento (el sujeto) de la relación jurídica de consumo (el "vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario": art 3 LDC).

a-1) La faz activa. Reconoce como CONSUMIDORES -los destinatarios de su tuitividad- también a las personas jurídicas (art. 1). Esto resta toda substantividad a todo posible debate acerca de si los entes de existencia ideal son, o no, sujetos activos de esta concreta especie de derechos.

Tal es el grado de expansibilidad conceptual que la norma, incluso, comprende al bystander o espectador (art. 1, sustitución de la ley 26361).

a-2) La pasiva: declarando que "Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley" (art. 2, sustitución de la ley 26361).

b) Desde el objeto (bienes e intereses): según el art. 1, alcanza tanto a "bienes y servicios".

c) Desde el punto de vista del contenido (derechos y deberes) de tal nexo jurídico, se consagran claras prerrogativas en favor de los consumidores y usuarios, entre ellas, caben citar:

c-1. La Integración Normativa de las leyes generales y especiales con la finalidad de una mayor protección al consumidor, aplicándose siempre ley "más favorable al consumidor", art. 3 LDC.

c.2) El derecho del consumidor a una "información" "cierta, clara y detallada" (art. 4 sustituido por ley 26361; idem su art. 25); "adecuada y veraz" (art.42, CN).

En tandem con el art. 1198 del cód. civil, se tiene que tal deber inherente al proveedor no se ciñe a la mera faz de la génesis negocial, sino que se mantiene vigente durante todo el devenir del respectivo relacionamiento, hasta su extinción. Es que la Constitución no lo circunscribe a momento ninguno y, además, obvio es que desde tal texto y -como derecho humano que es- rige la prohibición de toda regresión, ello como derivación del deber de progresividad (art.2.1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ley 23313, art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros).

c.3) Que la prestación se brinde en "condiciones previsibles y normales" (art.5: norma que en el presente caso se enlaza inescindiblemente con la del

art. 19 LDC) y, fundamentalmente, que la prestación se brinde con "trato equitativo y digno" (art. 42, CN, también desarrollado por el art.8 bis LDC). Es fundamental destacar que la Dignidad del consumidor es el centro vivo de los derechos del mismo.

c.4) Como se anticipó, es menester que la prestación se realice bajo las condiciones de pertinencia (5, 19 y, en particular, el 25 LDC).

c.5 En la comercialización de cosas muebles no consumibles, la ley impone un plazo de garantía legal a favor del consumidor

c.6 En los caso de venta domiciliaria, telefónica etc., la norma prevé un plazo de revocación de la oferta.

c.7 La nulidad de las cláusulas declaradas abusivas. (art 37)

c.8. Aparece en el ordenamiento jurídico argentino la noción del Daño Punitivo, aplicable a los proveedores que no cumplan con las obligaciones legales o contractuales con el consumidor. (art 52 bis)

c.9 Se establece que la relación entre los usuarios y los prestadores de Servicios públicos domiciliarios es regida por la ley 24240 "De Defensa del Consumidor", en forma directa.

c.10 Regula los supuestos de presunción de errores en la facturación, los reclamos del usuario y sus definitivo efectos (art. 31, 26361).

c.11 En caso de dudas, la interpretación del contrato deber tener el sentido más favorable para el consumidor y que sus obligaciones sean las menos gravosas (arts. 3, 25, 37 LDC).

c.12 En la faz activa, la diversidad legitimatoria, según los intereses de incumbencia, a saber:

* Individual (52, par. 1 y 2), colegitimando a las autoridades de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo -lo cual constituye una novedad que la ley 26361 trae respecto de la ley 24240- y al Ministerio Público fiscal (52, pár. 3 de la ley);

* Pluriindividuales homogéneos: de carácter individual, que involucra de manera coincidente a muchos individuos interesados: caso de los daños masivos (falencias prestacionales en los servicios públicos, publicidad desleal). El interés en su reparación es esencialmente individual; más se autoriza la conformación de un litisconsorcio entre el usuario y el Defensor del Pueblo (CN 43, 2) y/o las asociaciones de consumidores (CN, 42 -2 fine- y 43 -2-);

* Transindividual colectivo o supraindividual. Aquí se afecta a un grupo, no a un sujeto particular.

c.13 En la faz pasiva, la responsabilidad objetiva y solidaria (arts. 13, 40).

c.14 La intervención del Ministerio Fiscal, en los términos del 52, 2 fine, algo que concuerda con el carácter de orden público de la ley (DCD).

c.15. Establece autoridades de Aplicación específicas para ejercer el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de la ley. (art 41 LCD)

c.16 En caso de presuntas infracciones a ley, el consumidor tiene la facultad de iniciar reclamos por la vía administrativa ante la autoridad de aplicación.(art 45 LCD)

c.17 La tramitación en el plano judicial. Procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos: 42, CN. El art. 53. 1 LDC sienta como regla que el caso se ventilará según las "normas del proceso de conocimiento más abreviado", salvo que a pedido de parte y mediante resolución fundada se considere necesario un trámite más adecuado.

c.18 Mandato por apud acta, en favor de quien defienda su interés individual (53, 2 y la normatividad reglamentaria del decreto nacional 1798/1994).

c.19 Las pruebas (ley 53, párs. 2° y 3°). Como norma, rigen los lineamientos de las cargas probatorias dinámicas, desplazando el onus probandi hacia quien está en mejores condiciones de producirlas.

c.20 La gratuidad (art. 53, pár. 4°). La ley consagra el principio de la gratuidad. Lo propio para la defensa de intereses de incidencia colectiva (55, fine).

c.21 Estableció un plazo de prescripción de 3 años para las acciones judiciales, salvo que el plazo previsto por las normas generales sea mayor en ese caso se estará siempre al plazo mas favorable par el consumidor (art 50 LDC)

c.22 En las operaciones de crédito para el consumo, la legislación determina cabalmente que el tribunal competente es el del domicilio real del consumidor (art 36 LDC) por sobre cualquier pacto en contrario.

ch) En cuanto a la causa (fuente). La ley, con claro sentido expansivo y de coherencia con las directrices de rango superior, tiene como acto de consumo a

aquel que deriva de toda adquisición como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social -incluso de cosas usadas- o utilización de bienes, gratuita u onerosa (art.1). La amplitud conceptual abarca a la génesis de orden contractual, cuanto a la extracontractual (bystander).

d) El carácter de orden público de la ley (65), a la luz del art. 21 y cctes. del cód. Civil en función de la dispositividad del art. 872 del mismo cuerpo legal.

En definitiva, se puede decir que los argentinos contamos hoy con una adecuada y equiparadora base jurídica de protección consumerista, con connatural y sostenida vocación progresiva, cuyo eje está constituido en la atención de la menester dignidad que se debe al consumidor y al respeto ineludible a su condición de tal. El progreso, incuestionablemente y, tal como de él se ha dicho, constituye el timonel de la Historia, es obvio que también se expresa en el plano jurídico, éste como condición del avance humano. Por ello, con las herramientas legales que hoy contamos los consumidores, sólo nos resta la irrenunciable labor de hacerlas valer y, además, profundizar su avance, todo en provecho del bien común.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 15 DE OCTUBRE DE 2013

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.21, Ley 340 Art.1071, Ley 340 Art.1113, Ley 340 Art.1198, Constitución Nacional Art.42 al 43, Ley 20.680, Ley 21.970, Ley 22.262, Ley 22.802, Ley 24.240, LEY 25156, LEY 26.361

Primeros pasos en el Derecho del Consumo. Primera parte

Introducción

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 7 DE AGOSTO DE 2013

TEMA

RELACION DE CONSUMO-CONSUMIDORES-PROVEEDOR-DERECHOS DEL CONSUMIDOR

TEXTO

1. Hace algo más de 40 años (1), con referencia al auge previsible de la televisión en color, se delineaba un sencillo esquema del circuito "producción/consumo" respecto de artículos o línea de artículos determinados, el que, sistematizado y anotado, puede resumirse en estas etapas:

- a) saturación de un mercado en particular;
- b)
 - b1. búsqueda de obtención de fines comerciales por parte de las empresas;
 - b2. creación de nuevas necesidades en el público consumidor, promovidas por las empresas (aspecto objetivo-empresarial);
 - b3) sensación, en los consumidores, de carencia respecto del nuevo bien (aspecto subjetivo-consumista);
 - c) surgimiento de campos nuevos en la provisión de bienes, a fin de cubrir tales "necesidades" y "carencias";
 - d) reanimación del mercado, antes saturado.

2. En primer lugar, cabe aclarar que la saturación de mercado es aquella "en la que todos los clientes potenciales de un determinado producto se han convertido en clientes habituales y en la que es prácticamente imposible incrementar la cantidad total de productos que se puede vender para seguir estimulando la demanda. Las ventas comienzan a disminuir o se estancan, en el mejor de los casos. La única forma de aumentar las ventas es a costa de las ventas de los competidores ya existentes en el mercado" (2). Sin embargo, esta última opción - que implicaría el ejercicio de la competencia (3), en procura de obtener fines comerciales -, en el esquema en comentario es suplida por acciones tendientes a "despertar" en los consumidores la sensación de que "falta alguna cosa" (4) en el menú de bienes y servicios a su disposición: la creación de nuevas "necesidades" estimula la sensación de alguna "carencia" - real o ficticia-, en el público. El consecuente surgimiento de "campos nuevos" - bienes, servicios y/o métodos de comercialización innovadores, etc.- impulsa la dinámica del mercado - antes "saturado" y, por lo tanto, frenado o, al menos, puesto "en marcha lenta".

Vale la pena, simplificando, destacar que, al esquema que antecede subyace una ecuación, uno de cuyos miembros - desde el punto de vista empresarial - está constituido por la búsqueda de concreción de fines comerciales, y el otro miembro - desde la óptica del consumidor - consiste en la satisfacción de alguna necesidad. Sin embargo, algunas aclaraciones deben formularse al respecto.

3. En efecto; la persecución de fines comerciales por parte de las empresas proveedoras de bienes y servicios, no implica, oper se, ninguna carga peyorativa en su consideración. Tales fines se encuentran amparados por el consenso social, que admite y fomenta la actividad empresarial (5), con base en lo establecido en el artículo 14 Constitución Nacional. Además, queda claro que la conjunción coordinada de los diversos elementos de producción y comercialización de bienes y servicios, coadyuva a una mejor provisión en el mercado (6).

4. A su turno, las necesidades humanas, múltiples y variadas, ocupan una posición clave en el horizonte de referencias de las empresas proveedoras de bienes y servicios. En este sentido -siguiendo a BASTIAT- se ha señalado que los fenómenos económicos presentan tres aspectos esenciales: necesidad, esfuerzo y satisfacción (7); necesidad y satisfacción concurren en un mismo y

único individuo o grupo humano, en tanto que el esfuerzo por colmar tal necesidad suele estar a cargo de otro u otros; precisamente, esta última circunstancia explica la hetero-producción y distribución de bienes y servicios en el mercado (8).

5. Asimismo, las necesidades humanas han sido objeto de diversos intentos de sistematización. En general, la taxonomía al respecto suele girar alrededor de necesidades cuya satisfacción resulta imprescindible o indispensable (principales) frente a otras que, si bien coadyuvan al bienestar humano, pueden mantenerse insatisfechas, al menos temporalmente (accesorias o complementarias); o aquellas exigidas por la naturaleza humana (primarias o naturales) frente a las que responden al mero deseo de individuos o grupos (secundarias o artificiales (9)). Merece citarse, al respecto, la clasificación debida a MASLOW, que categoriza en su célebre pirámide, desde la base hasta la cúspide, las necesidades humanas en: fisiológicas, de seguridad, de amor y pertenencia, de estima, y de autorrealización (10). También, enfocada desde el punto de vista del trabajo asalariado y los ingresos respectivos, se destaca la distinción que realiza FOURASTIÉ entre nivel de vida (cantidad de bienes materiales onerosos que puedan lograrse con el salario obtenido) y género de vida (elementos cualitativos no mensurables en dinero, que coadyuvan a la satisfacción de necesidades); aquéllos se refieren al tener; éstos, a la manera de ser (11); sin embargo, en general, ambas categorías interesan al estudio del consumo y su regulación.

6. Desde el punto de vista del pensamiento complejo, conviene recordar que el ser humano constituye, precisamente, "un ente físico-bio-ántropo-sociológico, orientado axiológicamente" (12), un sistema viviente cuya complejidad lo requiere suficientemente "cerrado" como para no confundirse con su entorno, pero, a la vez, necesariamente "abierto" para servir al intercambio de información con éste (loc cit). En tal sentido, la consideración de las diversas categorías de necesidades que surgen de las clasificaciones propuestas, puede servir para captar adecuadamente la orfandad estructural básica que afecta al ser humano respecto de su medio ambiente (en tanto "ente físico-biológico") y que sólo puede ir superando mediante el ejercicio apropiado de las facultades superiores, intelectuales (en cuanto "ente ántropo-sociológico") y morales ("ente orientado axiológicamente"), con que cuenta (13) (14).

7. En ese sentido, cabe recordar que la vida humana comparte, en cuanto tal, las características generales de toda forma de vida conocida, debiendo citarse al respecto que (15): a) se inserta en una corriente de evolución; b) cuenta con propiedades químicas diferenciadas respecto de los seres inanimados; c) cuenta, asimismo, con mecanismos reguladores de retroalimentación; d) pasa por un ciclo vital concreto - desde el embrión hasta el estado adulto- -; e) se ubica en un orden de límites reducidos - desde un virus hasta una ballena, p. ej.-; f) constituye sistemas complejos, organizados, y teleonómicos - en tanto se encuentran dirigidos a un objetivo (16); y además, como se dijo `supra, abiertos - intercambian energía y materiales con su entorno -. (17)

8. Las características reseñadas, dotan a los seres vivientes de determinadas capacidades que operan sobre sus necesidades físico-biológicas, tales como (18): capacidad de evolución, de autorreplicación, de crecimiento y diferenciación, de metabolismo, de autorregulación, de respuesta a estímulos de su entorno, y de cambio de genotipo (total de genes - información genética- de un individuo) y de fenotipo (total de características de un individuo - por interacción entre genotipo y medio ambiente-) . En el caso de los seres humanos, resulta evidente que, si bien esas capacidades operan `per se una vez activadas, lo cierto es que, en muchos supuestos, requerirán de ciertos "disparadores" extrínsecos - por decirlo así - que los active o modifique; tal puede ocurrir, p. ej., con la autorreplicación, la alimentación - como parte del metabolismo -, el tipo de respuesta conciente a determinados estímulos, ciertas modificaciones geno y fenotípicas, etc. En este sentido, la activación de estas capacidades biológicas humanas, dependerá, en mayor o menor medida, de su implementación "extrínseca" - como se dijo- mediante la utilización de bienes y servicios, productos de la hétero-producción.

9. Pero, además, perteneciendo el ser humano también a las esferas ántropo-

socio-noológicas - como también se dijo-, existe un número -en principio ilimitado- de necesidades que no pueden -o no pueden completamente - ser atendidas por aquellas capacidades naturales que le asisten. En efecto, la vida humana excede en sus necesidades a las que competen a la vida no humana. Ello así de momento que, a las características ya apuntadas respecto de la vida en general, la especie suma las suyas propias; baste con tener presente cuánto ha significado en la evolución cultural el desarrollo del cerebro humano o, mejor aún, la co-evolución de lenguaje, cerebro y mente (19).

10. Asimismo, la complejidad de las sociedades desarrolladas se comunica a sus integrantes - sea individual o grupalmente considerados - pues "el todo" está presente en cada una de sus partes, como se indicará `infra, n° 12; y, además, los grupos de pertenencia y los de referencia (20) y, en general, los grupos de influencia social sobre el público sugieren, transmiten, "contagian" a éste sus propuestas - explícitas o implícitas - acordes a sus intereses grupales o sectoriales. Este cuadro de circunstancias rebasa notoriamente las capacidades y facultades individuales para satisfacer, por mano propia, las múltiples necesidades emergentes del contexto social.

11. A su turno, la denominada hétero-producción/distribución - de bienes y servicios está referida, tanto a productores, distribuidores - intermediarios - y anexos, quienes, en general, no consumen sus propios productos, cuanto a consumidores como entes distintos a sus proveedores; así, en ambos supuestos queda excluida la figura del "prosumidor" antes mentada. En estos términos, el esfuerzo que es menester para satisfacer las diversas necesidades corresponde, en general, a otros que el propio consumidor, esto es, sus proveedores. El conjunto de proveedores constituyen la denominada cadena (o red) de provisión, y sus integrantes, junto con los consumidores, configuran la estructura de consumo (21).

12. Ahora bien; si, como reza el célebre lema, "Consumers, by definition, include us all" ("consumidores", por definición, nos incluye a todos) (22), entonces, el conjunto global de consumidores constituye un verdadero universo en el cual, a similitud de lo que ocurre a nivel cósmico, con su constante expansión, su centro está en todos y cada uno de sus integrantes y, en consecuencia, en ninguno (23). En dicho universo se cumple uno de los corolarios de la complejidad (el principio hologramático), según el cual "el todo está en la parte que está en el todo" (24); ello así de momento que, si bien cada consumidor, con su impronta singular - y su relativa autonomía sistémica -, integra el mencionado universo de consumidores como parte, dicho universo, a su vez, transmite a cada uno de sus integrantes los caracteres globales del todo - agregado social (25) -, siendo que, además, cada parte individual (consumidor) goza de facultades de comunicación y organización con las restantes, y capacidad para regenerar el todo (26).

13. En este contexto de factores y variables, el enfoque de las actividades y relaciones entre los dos grandes sectores - proveedores y consumidores - que se perfilan en el ámbito en que operan, conocido como mercado, ha variado desde una concepción "ortodoxa", en la que el "mercado" es un mecanismo de determinación de precios e intercambio de bienes y servicios por interacción de compradores y vendedores (27) ; en él, según esta postura, por obra de los propios vendedores y compradores (que configuran oferta y demanda de bienes y servicios, respectivamente), se resuelven los "tres problemas económicos" básicos: qué, cómo y para quién se produce (28); el papel del Estado, en este contexto, se limita, en lo posible, a su mínima expresión, respondiendo al lema según el cual "el mejor gobierno es aquel que menos gobierna" (29).

14. En un primer análisis, quienes abordan la temática de la producción y el consumo, enfocan su estudio desde el mercado, donde el consumidor es uno de sus factores (30); en la faz jurídica, impera el principio de caveat emptor, esto es "que el comprador y, en última instancia, el consumidor] se cuida a sí mismo" (31). Se ha señalado, al respecto, que durante mucho tiempo se priorizó el enfoque de los problemas de producción y distribución de bienes y servicios, por sobre el protagonismo del consumidor (32).

15. Enseña BIDART CAMPOS (33) que la sociología de inspiración orteguiana distingue entre vida humana- individual (o típicamente humana),

interindividual, y -típicamente - social. La primera (individual), corresponde a la vida personal, intransferible, asentada en el yo. La segunda (interindividual), ya implica una relación con otro (tú) pero en términos concretos, acotados, limitados a un sujeto individual, por causas específicas. Finalmente, la tercera (social), indica una despersonalización del sujeto, quien actúa conforme a "modos colectivos, anónimos, genéricos", es decir, conforme a lo común, lo usual, lo que todos hacen de manera análoga" (34) y, por ello, es vida - y conducta -"típicamente" social. A este marco sociológico puede adaptarse la senda evolutiva del tratamiento jurídico de las relaciones entre proveedores y consumidores.

16. En estos términos, la concepción jurídica decimonónica de los vínculos económicos, se corresponde con una visión sociológica de relaciones interindividuales, particularmente contractuales, dándose "uno a uno" (comprador-vendedor, p. ej.) y por razones concretas que afectan exclusivamente a "las partes" del contrato. En este sentido, no puede sorprender que los conflictos que incluían a un consumidor" derivado"- esto es, que no ostentaba la calidad de "adquirente directo" - se resolvían por mera aplicación de las normas de derecho común - por otra parte, único disponible en esos tiempos -, resultando, las más de las veces, en la desprotección de aquél (35).

17. A su turno, y ante la insuficiencia del derecho común, fue necesario ir elaborando un marco normativo que captara adecuadamente los nuevos escenarios socio-económicos acordes a las características emergentes de la producción de bienes y servicios en serie, el consumo masivo y las formas jurídicas consecuentes.

18. Ante estos nuevos escenarios se observa, en primer término, un desplazamiento del punto de mira puesto en la temática relativa a la producción y distribución de bienes y servicios - como se dijo - hacia el estudio de los factores sociales determinantes de las decisiones del consumidor, con foco en la gravitación de las denominadas unidades económicas domésticas, es decir, centros de "disposiciones orientadas" a la satisfacción de necesidades de grupos humanos insertas en un marco social (36). Tal enfoque, sin embargo, implicó, en una primera instancia, el seguimiento de las variaciones de los ingresos de los consumidores - aunque se admitiera que ciertas necesidades "superiores" responden más bien a modos de comportamiento tradicionales y emocionales, esto es, que incumben a la "autocomprensión de un individuo o de un grupo social, antes que al nivel de ingresos y/o sus variaciones (37) -. De todos modos, estas circunstancias se refieren, en particular, a determinantes individuales - o de grupos acotados en unidades - del comportamiento económico. A su turno, en una segunda instancia - que corre, sin embargo, paralela a la anterior - se indican factores colectivos, es decir, "códigos de valores económicos" que determinan las necesidades correspondientes a los respectivos grupos sociales (38). Quedan incluidos aquí los modos supraindividuales de orientación del consumo, ligadas a cuestiones de status social, en cuya virtud, ciertas unidades de economía doméstica pugnan por acceder a niveles superiores de "prestigio", no pocas veces motorizados "a control remoto" por los medios publicitarios (39). Como se ve, estos enfoques, centralizados en las circunstancias psicológicas y psico-sociales del consumidor, perfilan el actual abordaje socio-económico y jurídico de la temática consumerista.

19. En efecto; el componente social del comportamiento consumista, virtualmente despersonalizado (40), sujeto a estándares homogeneizados de consumo, habilita una revisión del tratamiento jurídico que corresponde a la materia consumatoria.

20. En este sentido se requiere, en primer lugar, la construcción normativa de un sujeto-consumidor a quien puedan atribuirse facultades jurídicas aptas, tanto para desenvolverse en el mercado (41), cuanto para que, `per se, pueda advertir las características y vicisitudes del consumo y obrar en consecuencia; como, asimismo, para poder reclamar adecuadamente el resarcimiento de los perjuicios que en el tráfico de bienes y servicios se le lleguen a causar - esto, por las vías apropiadas a tal fin y con expectativas ciertas de ver satisfechas sus legítimas pretensiones.

21. La LDC enuncia, como se sabe, tres modalidades distintas de consumidor, según que se trate de quien adquiere bienes o utiliza servicios como destinatario final (consumidor en sentido propio); de quien, sin ser parte de una relación de consumo pero, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza tales bienes y servicios (consumidor "equiparado"); y, finalmente, quien, de cualquier manera esté expuesto a una relación consumerista (consumidor "por exposición") (42).

22. El mismo cuerpo legal establece un conjunto de facultades a fin de que el consumidor pueda formarse e informarse de las vicisitudes del consumo que le incumben en su calidad de parte fundamental de la estructura de consumo; tales son los denominados derechos primarios (43) y derechos substanciales (44) que le asisten.

23. Finalmente, la LDC prevé procedimientos, en principio, alternativos, para plantear y resolver - con distintos alcances - los conflictos que pudieren presentarse con relación a las distintas situaciones de consumo respecto de los integrantes de la red de provisión; son éstos los denominados derechos instrumentales que se le atribuyen (45).

24. Además, la existencia de intereses comunes a sectores amplios de consumidores, habilitan un tratamiento generalizado a su respecto, incluso en sede judicial (46); y las calificaciones de sociales y de humanos atribuidas a los derechos consumeristas, con reconocimiento constitucional (47), regional (48) e internacional (49) indican la alta consideración que en la jurística actual viene mereciendo la temática consumatoria. En tal sentido, se afirma la tendencia a mantener indemne al consumidor frente a todos y cada uno de sus proveedores, más allá de que resulte adquirente o usuario directo o un mero "tercero" respecto de los vínculos contractuales que tienen lugar en la estructura de consumo (50).

Notas al pie:

1) GUILLIEN, ROBERT; La televisión en color - introducción-; oikis-tau s.a. ediciones; Barcelona, 1971.

2) Diccionario LID de Marketing Directo e Interactivo;

3) Ello en la medida en que los distintos oferentes tienden a satisfacer las mismas necesidades (vid: Diccionario LID de Marketing Directo e Interactivo, cit.)

4) GUILLIEN, ROBERT; op cit.

5) Empresa es "la organización de bienes y de servicios para la producción de bienes o de servicios con un fin económico" (HALPERIN, ISAAC; Curso de Derecho Comercial - Vol. I -, Depalma, 1978; sobre la base de lo establecido en los arts. 2082 y 2555 del Código civil italiano de 1942; y el fallo plenario de la Excma. Cámara en lo comercial de marzo 12 de 1938, LL, T° 10. El subrayado en la cita me pertenece). Cód. civ. Italiano de 1942, art. 2082: "empresario es quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción o del cambio de bienes o de servicios; art. 2555: "hacienda es el complejo de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa".

6) "La Empresa es...una organización que coordina diversos factores económicos dirigidos ya a la producción, ya al intercambio de bienes o servicios para el mercado" (SOTO ALVAREZ, CLEMENTE; Prontuario de Derecho Mercantil", Ed. Limusa, México, 1981. El énfasis en la cita me pertenece).

7) MARTÍN Y HERRERA, FÉLIX; Curso de Economía Política; T° I, Compañía Sudamericana de billetes de banco, 1909. Agrega este autor que: "El esfuerzo es principio social, permutable; la necesidad y la satisfacción son fenómenos personales intransferibles" (op cit).

8) Esto es, la exclusión del "prosumidor" (en ejercicio de la auto-producción) mentado por ALVIN TOFFLER en La tercera ola. Orbis-Hyspamérica; 1986.

9) En este sentido MARTIN Y HERRERA (op cit) expresa que "sólo el hombre experimenta necesidades artificiales: bebe sin sed)

10) MASLOW, ABRAHAM H.; Motivación y Personalidad; Sagitario, Barcelona, 1975.

11) FOURASTIÉ, JEAN; (Por qué trabajamos?; EUDEBA, 1977).

12) CONDOMÍ, ALFREDO MARIO; Principios de teoría compleja del derecho; LA

LEY- Actualidad-, 10/06/1999).

13) "Si sólo se consideran las facultades físicas, el hombre ocupa un rango inferior en el orden de la creación, es manifiesto que..., reducido al empleo de sus fuerzas musculares se encontraría en una impotencia desesperante", MARTÍN Y HERRERA, op cit.

14) Del complejo físico-biológico y psíquico-sociológico (antropológico), surge el aspecto superior noológico (sistema de ideas) que caracteriza particularmente al ser humano (MORIN, EDGAR; El método - Las ideas -; Ediciones Cátedra; Madrid, 1992).

15) MAYR, ERNST; Así es la biología; Editorial Debate S.A.; Madrid, 1998.

16) BUNGE advierte sobre los riesgos de atribuir a los seres vivos finalidades, metas o planes biológicos - teleonomía - que, en cierto modo, los predestine a lograr determinados "objetivos"; tal criterio devendría en pura metafísica, sin sustento científico (BUNGE, MARIO; Epistemología; Siglo Veintiuno Editores; 1997).

17) "La visión unitaria de la vida como un proceso, que se inicia en el distante período de la evolución cósmica, y todavía no ha terminado en parte alguna, constituye el nuevo trasfondo o escenario en que debe basarse toda filosofía" (BERNAL, JOHN DESMOND; El origen de la vida; Ediciones Destino; Barcelona, 1976).

18) MAYR, E.; op cit.

19) MAYR, E.; op cit.

20) Al respecto, ver CONDOMI, A.M., El árbitro de consumo ante los derechos instrumentales del consumidor; www.infojus.gov.ar; 12/04/2013.

21) Vid: CONDOMÍ, A.M.; Reflexiones generales sobre Defensa del Consumidor y Sistema Arbitral de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (primeras aproximaciones); : www.infojus.gov.ar; 20/10/2011.

22) KENNEDY, JOHN FITZGERALD; Mensaje especial al Congreso sobre protección de los intereses del consumidor ; EE.UU.; marzo 15, 1962.

23) En tal sentido, cada consumidor podría parafrasear a SHAKESPEARE afirmando: "O God, I could be bounded in a nutshell, and count myself a king of infinite space... " ("Oh Dios, podría estar confinado en una cáscara de nuez y considerarme a mí mismo un rey del espacio infinito..."; Hamlet, Prince of Denmark, Act. II). Ocurre, asimismo, que el universo de consumidores constituye una suerte de totalidad máxima, estáticamente limitada (pues en cada instante hay una cantidad finita de consumidores) pero dinámicamente ilimitada (pues puede proyectarse una expansión constante de dicho universo).

24) MORIN, EDGAR; Introducción al pensamiento complejo; Gedisa Editorial; Barcelona, 1988.

25) CHINOY, ELY; La sociedad - Una Introducción a la Sociología -; Fondo de Cultura Económica, 1983).

26) MORIN, EDGAR; El método III - El conocimiento del conocimiento -; Cátedra; Madrid, 1994). El todo en que consiste el universo de consumidores está en constante regeneración, atento a la necesidad ineludible del ser humano de consumir.

27) Así, SAMUELSON, PAUL ANTHONY - NORDHAUS, WILLIAM DAWBNEY; Economía; Mc Graw Hill; 18ª edición)

28) SAMUELSON-NORDHAUS; op cit.

29) BEVERAGGI ALLENDE, WALTER; Economía política y argentina; Editorial Manuel Belgrano; 1969. En consecuencia, como se quiso decir en nuestra República en la pasada década de los '90: nada de lo que no] deba pertenecer al Estado seguirá en manos del Estado. Así nos fue.

30) Ello así perjuicio de las enseñanzas de ADAM SMITH según el cual: el consumo es el único fin y propósito de toda la producción - (SAMUELSON-NORDHAUS, op cit)

31) VES LOSADA, ALFREDO; Sociología del Derecho; Ed. Abaco, Buenos Aires; 1975. Desprendimiento del principio caveat emptor es la cláusula, `as iso, esto es, `in its present state or conditiono del derecho anglosajón, equivalente a la fórmula "en el estado en que se encuentra", de uso frecuente en algunos de nuestros contratos.

32) FÜRSTENBERG, FRIEDRICH; Sociología económica; Ediciones Manes; 1962.

33) BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ; La Historicidad del Hombre, del Derecho y del Estado; Ediciones Manes; 1965.

34) BIDART CAMPOS, G.J.; op cit.

35) Nótese, al respecto, la analogía que presentó la situación del consumidor con la del trabajador asalariado, hasta el planteamiento de la cuestión social y la consolidación del derecho laboral, ante la insuficiencia del derecho

civil para cubrir los problemas derivados de las relaciones de trabajo (MANGARELLI, CRISTINA; El derecho del trabajo y su relación con el derecho civil; Revista Latinoamericana de Derecho Social; Núm. 7, julio-diciembre de 2008, pp. 105-123).

36) FÜRSTENBERG, F.; op cit.

37) FÜRSTENBERG, F.; op cit.

38) FÜRSTENBERG, F.; op cit.

39) FÜRSTENBERG, F.; op cit.

40) GHERSI, incluso, habla de ciertas "situaciones jurídicas" posmodernas o posfordistas, que denomina estructuras contractuales sin sujeto (GHERSI, CARLOS ALBERTO; La posmodernidad jurídica; Ediciones Gowa profesionales; 1995).

41) "Mercado" en tanto mecanismo de mediación entre productor (proveedor, en general) y consumidor; esto es, como "cuadro de distribución" de bienes y servicios, y no ya como "economía de beneficios", propio de una concepción exclusivamente capitalista (TOFFLER, ALVIN; op cit).

42) Ley cit., art 1°.

43) CONDOMI, A. M.; El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor; www.infojus.gov.ar; 07/11/2011.

44) CONDOMI, A.M.; El árbitro de consumo ante los derechos sustanciales del consumidor; www.infojus.gov.ar; 20/03/2012.

45) CONDOMI, A.M.; El árbitro de consumo ante los derechos instrumentales del consumidor; www.infojus.gov.ar; en vías de publicación.

46) In re "Halabi", nuestra CSJN, reconoce la categoría de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, respecto de los que se constata "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 acciones de clase], salvo en lo que hace a la prueba del daño".

47) Arts. 41, 42 y 43, Cons. Nac. (ver mis Reflexiones generales..., cit.)

48) Para el Mercosur, véase PIRIS, CRISTIAN RICARDO A.; Los conceptos fundamentales del Derecho del Consumidor en el Mercosur; Internacional Law-Revista colombiana de Derecho Internacional; redalyc.org.Revista Colombiana de Derecho Internacional

49) Entre otras: Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, 1985, ampliadas en 1999.

50) PROSSER, WILLIAM LLOYD; Law of torts; citado por Genaro CARRIÓ en Introducción al razonamiento jurídico, de Edward Hirsch LEVI; EUDEBA; 1964.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 7 DE AGOSTO DE 2013

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.14

El árbitro de consumo ante los derechos instrumentales del consumidor

CONDOMÍ, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 12 DE ABRIL DE 2013

TEMA

DERECHOS DEL CONSUMIDOR-ARBITRAJE DE CONSUMO

TEXTO

1. Introducción. Conforme se recordara en un trabajo anterior (1), Robert ALEXY (2) aporta a la teoría general de los derechos fundamentales (3) la distinción conceptual entre protección y defensa, siendo que, en tanto los derechos susceptibles de "protección" habilitan al interesado (en nuestro caso, el consumidor/usuario) a exigir al Estado conductas activas respecto del ataque de terceros, la "defensa" de derechos obliga a éste a omitir conductas propias que puedan perjudicar al afectado. Queda en claro, de todos modos, que las previsiones normativas (constitucionales y legales) en la materia, comprenden tanto una como otra de las variables apuntadas y se orientan, en suma, a la responsabilidad atribuible al Estado, sea por acción o por omisión en la salvaguarda de derechos básicos (4). Y, sin perjuicio del reconocimiento o de la concesión de derechos "de fondo" formulados en la legislación, lo cierto es que las mencionadas protección y defensa se articulan, en rigor, en mecanismos de

participación, organización y reclamo, tendientes a efectivizar la vigencia y el respeto de aquéllos; en este sentido y siguiendo la clasificación debida a STIGLITZ (5), citada en trabajos anteriores (6) compete al diseño normativo de los denominados derechos instrumentales del consumidor, implementar adecuadamente los mecanismos aludidos.

2. Participación. Por cierto que la participación del consumidor queda asegurada, de modo directo, al integrar la estructura de consumo en calidad de "protagonista" de ella (7); e, incluso, indirectamente, de momento que la LDC enfatiza la vigencia de ese derecho garantizando "la participación de la comunidad" (8) en las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 60, ley cit.); siendo que el art. 42, Cons. Nac. afianza, en particular, la intervención de tales asociaciones "en los organismos de control" "de los servicios públicos de competencia nacional".

2. Organización. Sobre este particular, STIGLITZ (op cit), señala con claridad estas circunstancias: a) las autoridades deben proveer a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios (art. 42, Cons. Nac.); b) el Estado debe fomentar la creación y funcionamiento de tales asociaciones (art. 60, LDC); c); la LDC regula la conformación, funciones y legitimación de las mismas (arts. 55 a 58, ley cit.); d); también prevé la concesión de contribuciones financieras a dichas asociaciones (art. 62, ley cit.); e) asimismo, se impone al Estado fomentar la participación de la comunidad en ellas (art. 60, ley cit.). Resta apuntar que, como se ve, la constitución y funcionamiento de estas asociaciones no implican, "per se", su integración por consumidores y usuarios en su sola condición de tal; efectivamente, en términos generales, la "participación" de consumidores y usuarios se limita al uso que ellos puedan hacer de esas organizaciones en función educativa y de asesoramiento y/o representación. Sobre este particular, puede establecerse una sencilla distinción conceptual entre "grupos de pertenencia" y "grupos de referencia" (9); y es en este último sentido en el que podemos ubicar al consumidor en general pues, en la medida en que él no forme parte efectiva en una de aquellas asociaciones (que devendría, consecuentemente, en uno de sus grupos de pertenencia), ellas constituirán a su respecto, no obstante, un foco de orientación permanente a las que consultar y, en su caso, acudir a los fines `suprao indicados. Asimismo, sin perjuicio de que es con relación a una de esas asociaciones como tales, que puede hablarse de organización formal, se constata una cierta estructura de organización informal que el conjunto de dichas entidades conforman en torno a los consumidores én tanto

agregado social, (10) ejerciendo funciones educativa y de asesoramiento - como se dijo - en el contexto de sus indicaciones y sugerencias al público.

3. Reclamo. Las vías de reclamo del consumidor previstas por la normativa vigente, a la luz de las pautas indicadas en nuestra Constitución Nacional (11), están articuladas en la ley en diversos procedimientos tendientes a tal fin.

Compendiando algunas notas expuestas en un trabajo anterior (12) pueden recordarse las cuatro sendas previstas por la LDC al respecto como medios alternativos de resolver conflictos de consumo: a) las actuaciones administrativas (Capítulo XII); b) las acciones judiciales (Capítulo XIII); c) los procedimientos conciliatorios ante las asociaciones de consumidores (Capítulo XIV); d) el arbitraje de consumo (Capítulo XV).

Ahora bien; las actuaciones administrativas y el arbitraje surgen de la órbita de la autoridad de aplicación (administrativa) pero, en tanto las primeras se desarrollan enteramente por agentes administrativos, el arbitraje reposa, en principio, sobre la composición heterogénea de los miembros del tribunal, no administrativos - con excepción del árbitro institucional -. Asimismo, en ambos supuestos procede una etapa de conciliación, pero, las actuaciones en sede administrativa tienden a la comprobación de infracciones y aplicación de sanciones, siendo que, en cambio, el tribunal arbitral es un órgano de decisión jurisdiccional, cuyas resoluciones pasan en autoridad de cosa juzgada, y si fueron dictadas "en equidad" (como es el caso, excluyente, del arbitraje de consumo previsto para la Ciudad de Buenos Aires), resultan inapelables, en tanto que las decisiones administrativas son susceptibles de revisión judicial; además, al transitar la vía arbitral, atento su carácter alternativo - y de no mediar frustración del proceso por causa imputable al reclamado -, queda inhabilitada la vía administrativa, pues la tramitación del reclamo se ha iniciado y fenecerá en sede arbitral, particularmente, tratándose de proceso ante amigables componedores - sin perjuicio de las eventuales acciones de nulidad o de ejecución del convenio, en sede judicial-.

A su turno, la LDC (art. 58º), señala el carácter "extrajudicial" de la intervención de las asociaciones de consumidores, expresión que indica, con claridad, que la sola actividad conciliadora desplegada por tales entidades en esa instancia, no inhibe a las partes de formalizar sus reclamos y defensas en otras sedes, administrativa, judicial o arbitral.

Por lo demás, el consumidor puede optar por solicitar el arbitraje, como alternativa a las acciones judiciales - en los casos no vedados por la ley, por tratarse de materias disponibles por las partes, esto es, que no afecten el orden público - y el proveedor, en principio, aceptarlo - o no - de donde surge el sometimiento voluntario, para ambas partes, a dicho proceso y resultado; a lo que se suma el restringido ámbito recursivo respecto de los laudos arbitrales, en particular, los emitidos "en equidad". (Y esto así, más allá de las mayores facultades con que, ciertamente, cuentan los órganos judiciales, en virtud del "imperium" que les incumbe.)

4. Como recaudo, se transcribe a continuación el anteproyecto de Reglamentación de la ley 2.963 sobre Sistema Arbitral de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires, elevado en 2.010 a la Subsecretaría de Atención Ciudadana dependiente del Gobierno porteño, con intervención de la Coordinación de dicho Sistema, cuyo equipo integró el suscripto.

REGLAMENTACIÓN DE LA LEY 2.963

SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

CAPÍTULO I - Objeto

ARTÍCULO 1.- Impleméntase el Sistema Arbitral de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el que dependerá de la Subsecretaría de Atención Ciudadana de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

CAPÍTULO II - Funciones.

ARTÍCULO 2.- La Subsecretaría de Atención Ciudadana de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ejercerá las funciones de superintendencia del Sistema Arbitral de Consumo que se implementa en esta reglamentación, a través de la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo, creada por Decreto 810/09, la que llevará adelante las acciones que se le asignan en dicho Decreto y su ANEXO de responsabilidades primarias.

La Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo velará por el cumplimiento de la ley nº 2.963 de creación del Sistema Arbitral de Consumo y reglamentaciones y disposiciones que en su consecuencia se dicten. Asimismo, podrá dictar las disposiciones pertinentes para asegurar el normal funcionamiento del Sistema, y estará a su cargo proceder a la inscripción en los respectivos Registros de aquellas personas que deseen actuar como árbitros de consumo, así como de decidir la baja o exclusión de los respectivos registros de aquellas personas que no cumplan con los requisitos fijados para ser árbitro, o que por circunstancias sobrevinientes deban ser dados de baja o excluidos. Dentro de su ámbito se recibirán las solicitudes de arbitraje y se realizarán los actos necesarios para la puesta en funcionamiento del proceso arbitral.

CAPÍTULO III - De los registros

ARTÍCULO 3.- Créanse en el ámbito de la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo, el Registro Nacional de Representantes de Asociaciones de Consumidores, el Registro de Representantes de Asociaciones Empresariales y el Registro de Árbitros Institucionales del Sistema Arbitral de Consumo, y el Registro de Oferta Pública de Adhesión al Sistema de Arbitral de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

CAPÍTULO IV - De los árbitros

ARTÍCULO 4.- A los efectos de integrar la nómina de árbitros que podrán actuar como vocales los tribunales arbitrales de consumo, las asociaciones de consumidores y las asociaciones empresariales presentarán ante la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo la lista de postulantes a ser inscriptos en el Registro de Representantes de Asociaciones de Consumidores y en el Registro de Representantes de Asociaciones Empresariales, respectivamente. Las personas designadas deberán cumplir con los requisitos necesarios para ser árbitros que se fijan en el artículo 5º de la ley 2963, y en la presente reglamentación.

A tal efecto, deberán acreditarse, por escrito, ante la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo, los requisitos indicados, debiendo presentarse todas las constancias que prueben que el postulante cumple con ellos.

Para el caso de los árbitros institucionales, dicha presentación deberá hacerla personalmente el interesado, debiendo cumplir los mismos recaudos, en lo pertinente.

El Coordinador del Sistema Arbitral de Consumo evaluará las presentaciones y, en su caso, inscribirá al postulante o rechazará la inscripción.

Podrán ser suspendidas y/o excluidas de los registros de árbitros las personas que no reúnan los requisitos para serlo, o dejen de reunirlos. La suspensión y/o exclusión deberá realizarse mediante disposición fundada.

En caso de exclusión de un representante de una asociación de consumidores o de una asociación empresarial, se notificará a la asociación de que se trate de la mencionada exclusión, invitándola a inscribir un nuevo representante en reemplazo del excluido.

ARTÍCULO 5.- Las pautas de evaluación que se considerarán para inscribir a los árbitros serán:

I. Acreditar especialización o especial preparación en materia de defensa del consumidor y en métodos alternativos de resolución de conflictos.

II. Haber pertenecido o pertenecer a una asociación de consumidores o asociación empresarial o asociaciones civiles o institutos privados académicos, vinculados estos últimos a la materia, o a la Administración Pública nacional o provincial o de la CABA, en el área de defensa del consumidor.

III. Acreditar la asistencia o participación en congresos, conferencias, jornadas, seminarios, cursos de posgrado o actividades académicas, en el país o en el exterior, relacionados con la defensa del consumidor y los medios alternativos de resolución de conflictos.

IV. Haber desempeñado en los poderes judiciales nacionales o provinciales o de la CABA, cargos iguales o superiores al de secretario de primera instancia en el fuero civil y/o comercial.

La Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo, una vez efectuada la evaluación de los antecedentes de los postulantes, procederá a inscribir a los mismos en los registros respectivos.

Se reconocerá a los árbitros una compensación de gastos por el desempeño de sus funciones en cada uno de los casos en que actúen, por la suma de \$ 300.- a percibir una vez dictado el laudo y evacuado, en su caso, el recurso de aclaratoria.

ARTÍCULO 6.- Los árbitros institucionales serán seleccionados únicamente entre los abogados que desempeñen sus tareas en la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo, en la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires o en la Subsecretaría de Atención Ciudadana de la Jefatura de Gabinete.

ARTÍCULO 7.- Los tribunales arbitrales de consumo estarán conformados por tres (3) miembros, designados del siguiente modo:

I. El árbitro institucional será designado por sorteo realizado por la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo al momento en que haya quedado firme el acuerdo arbitral; será, además, presidente del Tribunal Arbitral de Consumo. Dirigirá el procedimiento y dictará por sí solo las providencias de mero trámite. Sólo las diligencias y medidas probatorias podrán ser delegadas en uno de los árbitros; en lo demás actuarán siempre formando tribunal.

El Tribunal Arbitral de Consumo será asistido por un Secretario, quien deberá ser abogado y formar parte del personal de la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo.

II. El consumidor deberá elegir árbitro en el momento de realizar la solicitud de arbitraje, mientras que el proveedor deberá hacerlo en el momento de aceptar el arbitraje solicitado por el consumidor. Si el consumidor o el proveedor no eligiesen un árbitro del registro respectivo en el momento indicado, deberá realizarse de manera inmediata y de oficio, el sorteo del árbitro entre los inscriptos en el registro que corresponda.

Los árbitros sorteados no podrán volver a serlo hasta tanto no hayan sido desinsaculados todos los inscriptos en el registro respectivo.

ARTÍCULO 8.- Las partes y la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo podrán proponer, para integrar el Tribunal Arbitral de Consumo, excepcionalmente y para casos concretos, a personas de reconocido prestigio y versación en la materia objeto de la reclamación. En tales casos deberá existir conformidad expresa de todas y cada una de las partes para efectuar la designación.

CAPÍTULO V - Solicitud de arbitraje. Rechazo in limine

ARTÍCULO 9.- En todos los casos, la solicitud de arbitraje encabezará el expediente, al que se le asignará numeración correlativa.

Si el arbitraje solicitado fuera inconducente o versare sobre cuestiones que se encuentren excluidas de la materia del Sistema Arbitral de Consumo de acuerdo a lo establecido en el artículo 3º de la ley 2963, la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo rechazará fundadamente la solicitud, notificará el rechazo a la parte solicitante, y procederá al archivo de la misma. El rechazo será irrecurrible y dejará expeditas las vías administrativa y/o judicial correspondientes.

CAPÍTULO VI - Proveedores no adheridos a la oferta pública

ARTÍCULO 10.- En caso de que el proveedor reclamado no se encuentre adherido a la Oferta Pública de Adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, se le notificará de la existencia de la solicitud de arbitraje admitida por la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo. Aquél deberá aceptar o rechazar el arbitraje solicitado dentro del plazo de cinco (5) días de recibida la notificación. En caso de aceptarlo, deberá, asimismo, suscribir el convenio arbitral correspondiente y designar el árbitro de su sector dentro del citado plazo. Si el proveedor rechazara formalmente la solicitud o no se presentare a suscribir el convenio arbitral dentro del plazo establecido, se le notificará al reclamante y se procederá conforme lo establece el art. 22 "in fine" de la ley 2.963, sin perjuicio de quedar expedita la vía judicial correspondiente.

CAPÍTULO VII - De la representación

ARTÍCULO 11.- Los consumidores podrán ser representados por una asociación de consumidores con autorización para funcionar como tal e inscrita en el Registro de Asociaciones de Consumidores de la CABA, y los proveedores podrán ser representados por una asociación empresarial. En estos casos, se deberá otorgar a la asociación carta-poder para actuar en su nombre, ante un agente de la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo, o poder para actuar ante el Tribunal Arbitral de Consumo, una vez constituido éste.

Sin perjuicio de ello, las partes deberán concurrir personalmente en forma ineludible a las audiencias a las que se los convoque y demás actos que el Tribunal Arbitral de Consumo establezca.

CAPÍTULO VIII - Procedimiento

ARTÍCULO 12.- Los consumidores interesados en someterse voluntariamente al proceso arbitral deberán presentar su reclamación por escrito y efectuar la elección del árbitro pertinente, a través de los formularios de solicitud de arbitraje que le proveerá la Coordinación del Sistema Arbitral. Si el proveedor reclamado estuviera adherido a la Oferta Pública de Adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, el acuerdo arbitral quedará formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por parte del consumidor, siempre que la controversia se encuadre dentro de las previsiones del artículo 2º de la ley 2963, y se encuentre incluido dentro del ámbito de la oferta pública realizada por el proveedor; en este caso, se considerarán cuestiones sujetas a arbitraje las que integren la pretensión del reclamante.

Junto con la solicitud de arbitraje el reclamante deberá acompañar la prueba documental de la que pretendiere valerse y que tuviere en su poder.

Las partes, sus representantes y apoderados y, en su caso, sus letrados, acreditando su condición, podrán consultar el expediente, desde la presentación de la solicitud de arbitraje, hasta el llamamiento para emitir el laudo.

ARTÍCULO 13.- Las partes, al presentar la reclamación y al contestar la misma, respectivamente, deberán constituir domicilio especial dentro de la jurisdicción del Tribunal Arbitral de Consumo.

En caso de omisión, se tendrá como constituido el domicilio del reclamado en el indicado en la oferta pública; el del reclamante, en el indicado en el formulario de solicitud de arbitraje si se encuentra dentro del ejido de la Ciudad de Buenos Aires, y de no ser así, se tendrá por constituido el mismo en la sede de la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo; donde se reputarán como válidas las notificaciones que se efectuaren.

ARTÍCULO 14.- El proveedor adherido a la oferta pública será notificado dentro de los tres (3) días de admitida la solicitud de arbitraje de la existencia de la misma, a los efectos de que dentro del plazo de tres (3) días de notificado proceda a elegir el árbitro de su sector.

ARTÍCULO 15.- Elegidos los árbitros, se procederá a la conformación del Tribunal Arbitral de Consumo en un plazo de tres (3) días, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º de la ley 2963 y esta reglamentación, y según los términos y condiciones que se establezcan en el acuerdo arbitral.

Una vez conformado el Tribunal Arbitral de Consumo, la secretaria del Tribunal notificará la reclamación al proveedor dentro de los cinco (5) días posteriores.

ARTÍCULO 16.- La parte reclamada tendrá un plazo de cinco (5) días contados desde la fecha de notificación de la reclamación, para contestar la misma; con la contestación deberá agregarse la prueba documental de la que pretendiera valerse y que tuviese en su poder.

ARTÍCULO 17.- Contestada la reclamación o vencido el plazo para hacerlo sin que el reclamado lo hubiera hecho, el Tribunal Arbitral de Consumo fijará audiencia para que concurran las partes en un plazo máximo de diez (10) días, la que tendrá carácter privado y confidencial. Si las partes expresamente lo acordaren la audiencia podrá tener carácter público.

Si por causa justificada la audiencia no pudiera realizarse, el Tribunal Arbitral de Consumo señalará por única vez una nueva fecha para su práctica, la que se desarrollará aun en caso de incomparecencia del consumidor y/o proveedor reclamado.

ARTÍCULO 18.- La audiencia será oral, pudiendo las partes hacer las alegaciones que consideren necesarias para la mejor defensa de sus intereses.

En ella, el Tribunal Arbitral de Consumo deberá intentar la conciliación entre las partes, la que, de lograrse, será homologada por el Tribunal dejándose constancia de todo ello en acta. No lograda la

conciliación el Tribunal oirá a las partes y ordenará la producción de las pruebas que estime pertinentes. El Tribunal Arbitral de Consumo podrá disponer un cuarto intermedio de la audiencia hasta tanto tenga en su poder el resultado de las pruebas ordenadas.

Son admisibles todos los medios probatorios establecidos por las normas procesales respectivas.

El Tribunal Arbitral de Consumo determinará el plazo máximo para la producción de las pruebas.

ARTÍCULO 19.- La confección y diligenciamiento de las notificaciones y la confección de oficios corresponderá al Secretario del Tribunal Arbitral de Consumo, como, asimismo, todos aquellos trámites que le solicite el Presidente del Tribunal Arbitral y, en general, todas aquellas acciones que tengan por objeto impulsar el procedimiento.

Las cédulas de notificación y los oficios deberán estar confeccionados y remitidos dentro de los tres (3) días de notificada la fecha de la audiencia y, en su caso, la apertura a prueba.

Los costos que demande la producción de la prueba serán soportados por la parte que la ofrezca. Si ambas partes coincidieren en una misma prueba, los costos serán soportados en iguales proporciones. Las pruebas ordenadas de oficio o las propuestas por el Consumidor- si existiera constancia fehaciente que aquel no puede hacerse cargo-, serán costeadas por el Área de Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo, de acuerdo a sus disponibilidades presupuestarias.

ARTÍCULO 20.- Sólo se notificarán personalmente, por cédula, por carta documento, por telegrama con constancia de recepción o por cualquier otro medio fehaciente, la solicitud de elección de árbitro del reclamado, el traslado de la reclamación, la apertura de la causa a prueba, la citación a las audiencias y el laudo. Las demás decisiones del tribunal quedarán notificadas por ministerio de ley al día siguiente de su dictado o el primer día hábil subsiguiente.

Podrá disponerse, con acuerdo expreso de la parte interesada, que las notificaciones referidas en el primer párrafo de este artículo, le puedan ser cursadas por medios electrónicos, bastando a este efecto el acuse de recibo que por la misma vía efectúe el notificado.

ARTÍCULO 21.- Oídas las partes, el Tribunal dictará sin más trámite el laudo. En todos los casos, el laudo deberá dictarse en el plazo máximo de diez (10) días, contados a partir de la fecha de finalización de la audiencia.

ARTÍCULO 22.- El plazo para dictar el laudo, sólo podrá ser prorrogado por el Tribunal Arbitral de Consumo, mediando acuerdo expreso de las partes manifestado en el expediente con anticipación de, por lo menos, dos (2) días previos a la expiración del plazo inicial.

ARTÍCULO 23.- El laudo y cualquier otra resolución del Tribunal Arbitral de Consumo, se decidirá por mayoría de votos.

ARTÍCULO 24.- El laudo deberá dictarse por escrito debiendo expresar fundadamente la decisión y plazo para el cumplimiento de lo ordenado. El incumplimiento del laudo dará derecho al reclamante a promover su ejecución en sede judicial.

En el laudo, el Tribunal Arbitral de Consumo podrá establecer, o no, la publicación de la decisión, en medios de difusión masiva, por circunstancias excepcionales de interés público.

Cada laudo deberá registrarse, numérica y correlativamente, en un libro especial llevado al efecto por la Secretaría de la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo; a este fin, una copia del laudo, firmada por los árbitros intervinientes y certificada por el Secretario del Tribunal, será agregada a dicho libro. En caso de aclaratoria del laudo emitido, también se agregará copia de la misma en dicho libro, con los mismos recaudos, haciéndose las referencias mutuas correspondientes, al margen de las copias del laudo y de la aclaratoria agregadas al libro mencionado.

CAPÍTULO IX - Procedimiento especial

ARTÍCULO 25.- Tramitará el procedimiento especial previsto en el presente capítulo, para los casos cuyo monto reclamado sea igual o inferior a los pesos quinientos (\$500).

El mismo procederá delegando las partes en la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo, el sorteo del árbitro único, aceptando que el que resulte sorteado invista el carácter de árbitro representante de cada parte, y de árbitro institucional, a la vez.

ARTICULO 26.- Al respecto, se observará el siguiente trámite::

I. Las partes, al suscribir el acuerdo arbitral, o la solicitud de arbitraje, o al realizar la OFERTA PUBLICA DE ADHESIÓN AL SISTEMA DE ARBITRAJE DE CONSUMO, según el caso, deberán

delegar en la autoridad de aplicación el sorteo del árbitro único, y aceptarán que el que resulte sorteado invista el carácter de árbitro sectorial que represente a cada parte, y de árbitro institucional.

II. La Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo procederá al sorteo del árbitro entre los inscriptos en el REGISTRO DE ÁRBITROS INSTITUCIONALES.

El árbitro único deberá tomar conocimiento de la controversia planteada dentro de los TRES (3) días de notificado de su designación, la que deberá realizar la autoridad de aplicación dentro de los DOS (2) días de sorteo. Fijará una audiencia para que concurren las partes dentro de los DIEZ (10) días posteriores a la toma de conocimiento.

En la audiencia el árbitro tratará que las partes arriben a una conciliación, la que, de ocurrir, será homologada por el árbitro único, dejándose constancia de todo ello en acta.

No alcanzada la conciliación entre las partes, el árbitro único oír a cada una de ellas o procederá a ordenar la producción de las pruebas que considere pertinentes.

En caso de ser necesario, de oficio o a pedido de ambas partes, podrá pasar a un cuarto intermedio, el que no podrá ser superior a los Tres (3) días.

El árbitro único contará con amplias facultades instructorias y ordenará todas las medidas que estime pertinentes para el adecuado dictado del laudo, pudiendo incluso solicitar la opinión de expertos cuando el tema de la controversia requiera una opinión especializada, la que no tendrá carácter vinculante para la decisión final.

Oídas las partes, el árbitro único dictará el laudo en ese mismo momento o en un plazo no mayor a los Dos (2) días de concluida la audiencia.

Contra el laudo arbitral dictado por el árbitro único podrá interponerse la acción de nulidad y el recurso de aclaratoria, en los términos indicados en el art. 28 de esta reglamentación..

CAPITULO X.- ALLANAMIENTO.

ARTICULO 27.- El reclamado podrá allanarse a las pretensiones del reclamante, en cualquier estado del proceso anterior al dictado del laudo.

Si se allanare con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral, o a la designación del árbitro único en caso de corresponder el procedimiento especial, y al mismo tiempo constare el cumplimiento de las prestaciones reclamadas, se labrará acta ante la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo dejándose constancia de tales circunstancias, con asistencia de las partes, y se ordenará el archivo de las actuaciones; si se difiriere el cumplimiento, se requerirá acuerdo de partes y se labrará acta circunstanciada del mismo ante la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo, habilitándose expresamente la vía ejecutiva en el acuerdo, para el caso de incumplimiento del mismo.

Si se allanare una vez constituido el tribunal arbitral o designado el árbitro único, en caso de cumplimiento diferido se emitirá laudo homologando los términos del allanamiento si correspondiere; si constara que se cumplieron las prestaciones reclamadas, se labrará acta con intervención de las partes, y se ordenará el archivo del expediente.

De no prosperar el allanamiento, las actuaciones seguirán su curso según su estado.

CAPÍTULO XI - De los medios de impugnación.

ARTÍCULO 28.- El recurso de aclaratoria deberá ser deducido y fundado ante el mismo Tribunal que emitió el laudo, dentro de los cinco (5) días de notificado el mismo. Si se interpone recurso de aclaratoria, éste suspenderá el plazo para interponer la acción de nulidad. Resuelto el recurso, sin sustanciación, y notificada la decisión, se reiniciará el plazo para interponer la acción de nulidad, la que tendrá efecto devolutivo.

La acción de nulidad será ejercida por demanda autónoma deducida ante el juez de primera instancia que habría resultado competente en caso de no haberse sometido la cuestión a arbitraje.

En caso de incumplimiento de acuerdo conciliatorio y/o del laudo arbitral, será competente para conocer de su ejecución, el mismo juez indicado en el párrafo anterior.

CAPÍTULO XII - De la Oferta Pública de Adhesión al Sistema Arbitral de Consumo

ARTÍCULO 29.- El proveedor interesado en adherir a la Oferta Pública de Adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, deberá hacerlo mediante los formularios que, para tal efecto, apruebe la autoridad de aplicación.

La solicitud a presentar por el interesado ante el Registro de Oferta Pública de Adhesión al Sistema Arbitral de Consumo deberá contener:

- a) Ámbito material y temporal de la oferta;
- b) Sometimiento expreso al presente Sistema Arbitral de Consumo;
- c) Delegación de la elección del árbitro institucional en la autoridad de aplicación;
- d) Compromiso de cumplimiento del laudo arbitral;
- e) Renuncia a todos los recursos que se puedan interponer durante la sustanciación del procedimiento y contra el laudo, salvo con relación a los expresamente previstos en el artículo 14 de la ley 2963 contra el laudo arbitral.

Respecto del inciso a), el interesado deberá precisar:

I. A qué bienes o servicios se ajustará la oferta pública; y

II. Cuál es el plazo de validez de la oferta pública, el que no podrá ser inferior a seis (6) meses. Dicho plazo será prorrogable automáticamente desde la fecha de su vencimiento por un período igual, salvo lo dispuesto en el artículo 36.

En caso de omitirse las indicaciones del punto I), se entenderá que la oferta se ha realizado para todos los bienes y/o servicios producidos y/o comercializados y/o prestados por el proveedor.

La Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo evaluará las solicitudes presentadas y si las mismas cumplen con los requisitos exigidos por el Sistema Arbitral de Consumo, inscribirá la oferta realizada en el registro correspondiente.

ARTÍCULO 30.- La renuncia a la Oferta Pública de Adhesión al Sistema Arbitral de Consumo deberá ser presentada a la autoridad de aplicación por escrito, con dos (2) meses de anticipación al vencimiento del plazo de validez de la oferta. Dicha renuncia implicará la pérdida del derecho de ostentar el distintivo oficial desde la fecha de vencimiento del mencionado plazo.

En caso de que el interesado quiera modificar cualquiera de las características de la oferta respecto de las anteriormente fijadas, deberá hacerlo saber a la autoridad de aplicación por escrito, con dos (2) meses de anticipación al vencimiento del plazo de validez de la oferta anterior.

El proveedor que haya renunciado a la oferta pública o haya modificado su ámbito de aplicación respecto del período anterior, deberá informar adecuadamente a los consumidores tales circunstancias; pudiendo la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo ordenar la publicación de la misma en un medio masivo de comunicación. La adhesión a la oferta pública subsistirá hasta tanto el proveedor cumpla con estos requisitos. La renuncia del proveedor no invalidará su obligatoriedad de someterse a los tribunales arbitrales de consumo, respecto de los productos y servicios comercializados con anterioridad al vencimiento del plazo de validez de la oferta.

ARTÍCULO 31.- El distintivo oficial del Sistema Arbitral de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires será el isologo que se reproduce en el anexo I que en dos (2) planillas forma parte de la presente disposición.

CAPÍTULO XIII - Del acuerdo arbitral

ARTÍCULO 32.- A los efectos del sometimiento al arbitraje, las partes deberán suscribir el correspondiente acuerdo arbitral en los formularios que apruebe la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo.

El acuerdo arbitral establecerá la aceptación lisa y llana de las partes de las reglas de procedimiento establecidas para los tribunales arbitrales de consumo, y fijará que las costas serán siempre en el orden causado.

En el acuerdo arbitral las partes deberán, en forma inexcusable, aceptar la designación del árbitro institucional, de acuerdo al sorteo que realice el Área de Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo. Esta aceptación también formará parte de la solicitud de adhesión a la oferta pública de adhesión al sistema de arbitraje de consumo, y de la solicitud de arbitraje que presente el consumidor y la aceptación de arbitraje por parte del proveedor no adherido a la oferta pública.

Suscripto el acuerdo arbitral y designado el o los árbitros, se seguirá el procedimiento que corresponda para el tipo de arbitraje de que se trate.

CAPÍTULO XIV. Competencia

ARTICULO 33.- El sometimiento voluntario de las partes al Sistema Arbitral de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, implica la aceptación de su competencia exclusiva, respecto de cualquier otra jurisdicción arbitral y/o administrativa que pudiere haberle correspondido alternativa o concurrentemente. Dicha aceptación operará, para ambas partes, una vez formalizado el acuerdo arbitral respectivo.

ARTÍCULO 34.- (de forma)

Notas al pie:

1) CONDOMÍ, A.M.; Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (primeras aproximaciones); www.infojus.gov.ar, 20/10/11.

2) ALEXY, R.; Teoría de los derechos fundamentales; Centro de Estudios Constitucionales; Madrid, 1993.

3) Los derechos de los consumidores pertenecen a la categoría de los derechos humanos, de raigambre constitucional (CONCOMÍ; op cit ,`suprao, nota 1).

4) Es interesante la discusión planteada en la citada obra de ALEXY, respecto de la posibilidad de reducir los supuestos de protección a mera defensa, en la medida en que el Estado, al no proteger al interesado de acciones perjudiciales de terceros, estaría omitiendo actividades defensivas a su cargo, de donde toda falta de protección devendría en falta de defensa; el autor mencionado debate esta crítica y concluye, a los fines operativos, en la atribución de responsabilidad estatal que, en todo caso, deriva de su impostura.

5) "El derecho del consumidor en Argentina y en el MERCOSUR". (La Ley, 19/05/1995).

6) CONDOMÍ; A.M.; El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor. www.infojus.gov.ar, 7/12/11. Y El árbitro de consumo ante los derechos sustanciales del consumidor; www.infojus.gov.ar, 20/03/12.

7) CONDOMÍ; Reflexiones generales..., cit.

8) La extensión del término "comunidad", empleado en la norma legal para referirse a la temática del consumo, da pábulo a la amplitud con que deben considerarse los conceptos de "consumidor" y "usuario", a los fines de su protección y defensa. En efecto, la "comunidad de consumidores y usuarios" referida constituye, en primer análisis, un verdadero agregado social omnipresente, de vasto alcance susceptible, sin embargo, de ser descompuesto en agregados estadísticos, categorías y grupos sociales, según la clasificación elaborada por Ely CHINOY (La sociedad - Una Introducción a la Sociología -; Fondo de Cultura Económica, 1983).

9) HORTON, P. B. y HORTON, R. L.; Introducción a la Sociología; El Ateneo; 1987.

10) Ver nota 8.

11) "La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos én materia de consumo]" (art. 42, Cons. Nac.); "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio 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...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" (art. 43, Cons. Nac.).

12) CONDOMÍ, A. M.; Reflexiones generales..., cit.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 12 DE ABRIL DE 2013

Cigarrillos, publicidad e información al consumidor.

Un comentario a la ley 26.687

Texto completo

RÍOS, GUILLERMO CRISTIAN¹

Publicación: www.infojus.gov.ar, 4 DE SETIEMBRE DE 2012

ID:CF120163

SUMARIO

TABAQUISMO-TABACO-CIGARRILLOS-PUBLICACION, PROMOCION Y CONSUMO DE TABACO-VENTA DE TABACO-PUBLICIDAD-CAMPAÑA PUBLICITARIA-DEBER DE INFORMACION-LEYENDA DE ADVERTENCIA-PROTECCION DEL CONSUMIDOR-INFORMACION AL CONSUMIDOR-RELACION DECONSUMO-PUBLICIDAD ENGAÑOSA-PREVENCIÓN DE ENFERMEDADES

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo realizaremos un comentario a la ley nacional 26.687, sancionada por el Congreso el 1º de junio del año 2011, promulgada el día 13 del mismo mes, y publicada en el Boletín Oficial el 14 de junio último. Esta ley regula la publicidad, promoción y consumo de productos elaborados con tabaco, y deroga el régimen de la ley 23.344 anteriormente vigente. Nos centraremos en el análisis de dos institutos: el deber de informar y la regulación de la publicidad, y observaremos qué novedades introduce la normativa. Compararemos el nuevo régimen con el de la ley 23.344, y observaremos cuál es la eficacia instrumental de las normas en estudio para el logro de ciertos objetivos sociales.

El orden de este trabajo será el siguiente. En primer lugar reseñaremos los antecedentes normativos en materia de publicidad y advertencias vinculados a los productos elaborados con tabaco, en el Derecho argentino y comparado. En segundo lugar describiremos los objetivos pretendidos por esos antecedentes y por la nueva ley, y efectuaremos ciertas distinciones conceptuales entre objetivos y funciones. En tercer lugar compararemos el régimen actual y el de la ley 23.344 en materia de cumplimiento del deber de informar, observando la eventual influencia que pudo haber tenido la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor en el año 1993. En cuarto lugar haremos lo mismo en materia de publicidad. En quinto lugar efectuaremos algunas precisiones en torno a las razones por las cuales el Legislador decide recurrir a la información para prevenir el daño, y la eficacia de esa técnica. Finalmente, elaboraremos algunas conclusiones.

En este trabajo no abordaremos, por razones de extensión, cuatro cuestiones que revisten gran importancia: la posibilidad de atribuir a las empresas tabacaleras responsabilidad civil por daños, en virtud de un supuesto defecto de advertencia; los diferentes mecanismos que se han propuesto para instrumentar esa atribución juicios individuales, class actions, juicios iniciados por el Estado); las medidas destinadas a reducir la nocividad de los cigarrillos mediante modificaciones en su composición química; y el problema de los daños derivados de la exposición al humo de terceros (fumadores pasivos, o *second-hand smoking*).

La relevancia del estatuto que estudiaremos viene dada por el fenómeno al que pretende dar solución. El tabaquismo es una práctica extendida, que en nuestro país causa más de 40.000 muertes anuales, constituyendo la principal causa de muerte evitable.² Es compartida la sensación de que deben adoptarse medidas para encauzar este fenómeno,³ pero en ocasiones no se sale de las generalidades

¹ Ayudante "A" de la cátedra Derecho de las Obligaciones, Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca); Maestrando de la Maestría en Derecho con orientación en Análisis Económico del Derecho en la misma institución; integrante del Grupo de Investigación "Análisis Económico del Derecho del Consumidor", dirigido por el Dr. Matías Irigoyen Testa, y del Grupo de Investigación "Análisis Económico del Derecho de Daños: incentivos e instituciones jurídicas", codirigido por el Dr. Hugo A. Acciarri y la Mg. Andrea S. Castellano. E-mail: gc_rios@yahoo.com.ar.

² Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación, Encuesta de tabaquismo en grandes ciudades de Argentina, año 2004, p. 1. El texto puede consultarse en el sitio web http://www.msal.gov.ar/html/site_tabaco/pdf/encuesta_tabaquismo.pdf.

³ Para un estudio general de las medidas de prevención del daño en la experiencia comparada véase PRABHAT, J. y CHALOUKPA, F., *Curbing the Epidemic: Governments and the Economics of Tobacco Control*, The World Bank, Washington D.C., 1999.

("generar conciencia", "prevenir"), y es palpable cierto desencuentro entre los objetivos que se pretenden y los medios que se proponen para alcanzar tales objetivos. Dados tales extremos, y como medida previa a manifestar si la nueva normativa constituye o no un avance significativo respecto de su antecedente, resulta útil introducir ciertas precisiones. Tal es la pretensión de este trabajo.

II. ANTECEDENTES

La ley 26.687 deroga, en su artículo 41, a la ley 23.344 y su modificatoria 24.044. Dicha norma fue sancionada en el año 1986, e introdujo ciertas limitaciones a la publicidad de los productos elaborados con tabaco, así como la obligatoriedad de incluir en las marquillas el mensaje "El fumar es perjudicial para la salud". Este régimen tenía como antecedente la legislación federal estadounidense en la materia, que reseñaremos brevemente.

II.1. LEGISLACIÓN FEDERAL ESTADOUNIDENSE

En el año 1965 fue sancionada por el Congreso Federal estadounidense la ley denominada Cigarette Labeling and Advertising Act, por la cual se obligó a los fabricantes de cigarrillos a incorporar en las marquillas la leyenda "Precaución: fumar cigarrillos podría ser perjudicial para su salud",⁴ y prohibía que otras leyes, fueran federales, estatales o municipales, exigieran advertencias adicionales. El antecedente inmediato de la sanción de esta ley fue la publicación, en el año 1964, del informe Cigarettes and Health del Cirujano General, en el cual se demostraba la existencia de una relación causal entre el

consumo de cigarrillos y la mayor propensión al desarrollo de cáncer.

La inclusión obligatoria de una advertencia en un producto de venta al público constituyó una novedad para la época.⁵ Hasta entonces, la legislación sólo había impuesto la inclusión de advertencias en productos cuya ingesta, consumo o utilización provocaba un daño inmediato, tales como venenos, medicamentos, insecticidas, herbicidas y sustancias inflamables. Pero en ningún caso se habían adoptado medidas de ese tipo con respecto a productos dañinos a largo plazo.

En 1969 el Congreso Federal sancionó la Public Health Cigarette Smoking Act que reemplazaba el contenido de las advertencias por otro que estipulaba: Advertencia: el Cirujano General ha advertido que fumar cigarrillos es peligroso para su salud".⁶ Finalmente, en el año 1984, mediante la Comprehensive Smoking Education Act, se estableció el régimen actualmente vigente, que forma parte del capítulo 36, título 15 del United States Code, y por el cual se incluyen las siguientes advertencias:

ADVERTENCIA DEL CIRUJANO GENERAL: El fumar causa cáncer pulmonar, cardiopatía y enfisema, y podría complicar el embarazo.

ADVERTENCIA DEL CIRUJANO GENERAL: Dejar de fumar ahora reducirá considerablemente graves riesgos para su salud.

ADVERTENCIA DEL CIRUJANO GENERAL: Fumar durante el embarazo podría provocar daños al feto, nacimiento prematuro y bajo peso al nacer.

ADVERTENCIA DEL CIRUJANO GENERAL: El humo de cigarrillo contiene monóxido de carbono.⁷

⁴ "Caution: Cigarette Smoking May Be Hazardous to Your Health".

⁵ VISCUSI, W., "Tobacco: Regulation and Taxation through Litigation", en VISCUSI, W. (ed.), Regulation through Litigation, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002, p. 36.

⁶ "Warning: The Surgeon General Has Determined That Cigarette Smoking Is Dangerous to Your Health."

⁷ "SURGEON GENERAL'S WARNING: Smoking Causes Lung Cancer, Heart Disease, Emphysema, and May Complicate Pregnancy. SURGEON GENERAL'S WARNING: Quitting Smoking Now Greatly Reduces Serious Risks to Your Health. SURGEON GENERAL'S WARNING: Smoking by Pregnant Women May Result in Fetal Injury, Premature Birth, and Low Birth Weight. SURGEON GENERAL'S WARNING: Cigarette Smoke Contains Carbon Monoxide."

Estas advertencias son rotativas. Se establece, además, que no se requerirá a las empresas que coloquen en los paquetes otro mensaje más que el prescripto por la ley, y se prohíbe a los Estados fijar requerimientos adicionales o prohibiciones sobre la publicidad de los cigarrillos distintas a las prescriptas por la ley.

II.2. ANTECEDENTES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

La iniciativa del Congreso Federal estadounidense pronto tuvo repercusión en nuestro país. El primer proyecto de ley en la materia presentado ante el Congreso de la Nación fue el del diputado por la provincia de Córdoba Julio Antún Resca, del partido Unión Popular, de fecha 12 de mayo de 1966. No obtuvo sanción.⁸ El proyecto proponía incluir en todos los paquetes de cigarrillos la advertencia "Fumar cigarrillos puede ser perjudicial para su salud".

En el año 1970 se promulgó la ley 18.604 y el decreto reglamentario 628, que prohibió por un año la publicidad de cigarrillos en radio, televisión y cines por un año, estableciendo multas para los infractores. No obstante, esta norma no tuvo un fin de política sanitaria, sino que respondió a la presión de los productores locales de tabaco para frenar la amenaza de la competencia extranjera.

Durante el período 1973-1976 se presentaron en el Congreso dos proyectos de ley: el del diputado radical Pedro Freschi, de julio de 1973, y el del senador justicialista Domingo Frois, de abril de 1974. El primero prescribía la imposición de la advertencia "Nocivo para la salud" en todo producto o publicidad relacionado con el tabaco, así como de un letrero en los puntos de venta que advirtiera "Los cigarrillos y el tabaco son nocivos para la salud". El proyecto del senador Frois proponía colocar la etiqueta de advertencia "El cigarrillo acorta la vida y predispone a innumerables enfermedades, como el cáncer". Además, el proyecto preveía algunas restricciones publicitarias. El 4 de septiembre de 1974 el Senado aprobó el proyecto, modificando la etiqueta de advertencia por otra que enunciaba "El tabaco es peligroso para la salud y disminuye la expectativa de vida. Además exigía la publicación de las cantidades de nicotina y alquitrán en los paquetes. La Cámara de Diputados no trató el proyecto.

En 1976, el Ministerio de Bienestar Social formuló un proyecto de ley para restringir el contenido de los anuncios de alcohol y tabaco y exigir una etiqueta de advertencia sanitaria en los paquetes y la publicidad de cigarrillos que dijera "la autoridad sanitaria nacional advierte que el tabaco es peligroso para la salud". El proyecto no fue aprobado. Idéntica suerte corrió un proyecto de ley de 1979 que surgió como respuesta a la campaña de la OMS de 1979, "Tabaco o Salud".

El 30 de noviembre de 1983 el Ministerio de Salud Pública y Ambiente, a cargo de Horacio Rodríguez Castells, aprobó la resolución 3115, que ordenaba la colocación de la etiqueta "La Autoridad Sanitaria Nacional advierte que el tabaco es peligroso para la salud". La resolución nunca entró en vigencia.

Finalmente, el 29 de agosto de 1986, se sancionó la ley 23.344. La norma tenía importantes diferencias con el proyecto original, presentado por el diputado por la provincia de Buenos Aires, Lorenzo Pepe, en el año 1984. El proyecto original preveía, entre otras disposiciones, una prohibición absoluta de publicitar en televisión, video y cines, y la obligatoriedad de incluir la leyenda "El tabaco contiene sustancias cancerígenas" en la publicidad y en los paquetes. Asimismo contemplaba la obligatoriedad de incluir en los paquetes la lista de componentes químicos, y contemplaba la realización de campañas de prevención. El régimen finalmente sancionado contemplaba limitaciones menos estrictas a la publicidad, un logro que algunos autores atribuyen al lobby de la industria tabacalera.⁹

II.3. EL RÉGIMEN DE LA LEY 23.344

La ley 23.344 prescribía en su artículo 1º la inclusión obligatoria de la leyenda "El fumar es perjudicial para la salud" en los envases en que se comercializaban productos elaborados con tabaco. En su artículo 2º estipulaba una serie de limitaciones a la publicidad:

⁸ SEBRIE, E. et al., "La Industria Tabacalera y su Dominio en la Formulación de las Políticas Nacionales sobre el Control del Tabaco en Argentina, 1966-2005", Centro de Investigación y Educación para el Control del Tabaco, Universidad de California, San Francisco, Diciembre de 2005, en http://repositories.cdlib.org/ctcre/tcpmi/Argentina2005_Spanish. Los seguimos en este apartado.

⁹ SEBRIÉ et al. op. cit., citando documentos de la UCSF. El 12 de mayo de 1994 el profesor Stanton Glantz, de la Universidad de California, San Francisco, recibió una caja con documentos internos confidenciales de Brown & Williams y British American Tobacco. Estos documentos fueron depositados en el Departamento de Archivos y Colecciones especiales de la Biblioteca de la UCSF, que el 1 de julio de 1995 procedió a su publicación en internet, en <http://www.library.ucsf.edu/tobacco>. Véase GLANTZ, S., et al., (ed.), *The Cigarette Papers*, Berkeley, University of California Press, 1996. <http://ark.cdlib.org/ark:/13030ft8489p25j/>.

a) No se practicará en radio y televisión entre las ocho (8) y las veintidós (22) horas de cada día, salvo la que sólo identifique marca y se realice fuera del recinto del medio de difusión respectivo;

b) No se practicará en publicaciones dirigidas a menores de edad y tampoco, en salas de espectáculos en que se admita la presencia de menores de dieciocho (18) años de edad;

c) No se promocionarán ni distribuirán muestras de estos productos en escuelas, colegios, universidades, establecimientos de enseñanza, ni en espectáculos o actividades en los que el público se constituya preferentemente por menores de edad;

d) No se efectuará por figuras del mundo artístico cuyo público se constituya preferentemente por menores de edad;

e) No participarán, modelos menores de edad, ni podrán vestirse o maquillarse quienes participen de modo que representen la edad de un menor;

f) No podrán mostrarse personas fumando desmesuradamente;

g) No podrán emplearse expresiones o vocabularios propios de menores de edad;

h) Los procedimientos de tratamiento o producción que disminuyan el contenido nicótico o alquitrán no podrán presentarse como beneficiosos o convenientes para la salud.

Finalmente, estipulaba que la autoridad de aplicación era la Secretaría de Comercio Interior, fijaba la sanción de multa para el caso de incumplimiento, y el destino de los fondos obtenidos.

III. OBJETIVOS DE LA NORMATIVA EN LA MATERIA

La primera diferencia que puede constatarse entre el régimen de la ley 26.687 y su antecedente normativo, la ley 23.344, es que el nuevo estatuto prevé en su artículo 2º una serie de objetivos. Es importante distinguir la noción de objetivo y función de un sistema normativo. La doctrina contemporánea denomina objetivo a la meta que se pretende lograr, y reserva la noción de función para referir a los efectos que un sistema normativo efectivamente tiene en el mundo. Esto implica que puede existir una contradicción entre objetivos y funciones. Una ley puede pretender lograr un objetivo, pero puede ser ineficaz para hacerlo. Por ejemplo podría tener como objetivo la prevención de ciertos daños, pero carecer de aptitud instrumental para alcanzar tal fin. En ese caso diremos que no tiene una función de prevención del daño, aunque ése sea su objetivo.¹⁰

La explicitación de objetivos en las regulaciones jurídicas es una técnica que puede observarse en otros ámbitos, como la Ley de Riesgos del Trabajo (art. 1º, ley 24.557) y la Ley General del Ambiente (arts. 2º y 4º, ley 25.675). La utilidad de estas enunciaciones es limitada. La mera declaración de intenciones no vuelve a un régimen eficaz para lograr los objetivos pretendidos. Reviste cierto interés como instrumento de interpretación en caso de laguna u oscuridad de la norma, y, en lo que nos interesa, como medio para evaluar la eficacia de la norma para la concreción de esos fines.

En el caso de la legislación federal estadounidense, el párrafo 1331 del capítulo 36 del título 15 del United States Code expresa que el propósito buscado por la ley es informar adecuadamente a los fumadores, y evitar la sanción de normas contradictorias por parte de las legislaturas locales y las agencias administrativas.

La ley 23.344 no preveía fines en su articulado, pero eso no impidió a los jueces pronunciarse al respecto. Por ejemplo, en el fallo de la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil en los autos caratulados "Fernández, Edgardo v. Nobleza Picardo S.A.", con fecha 8 de febrero de 2006, se afirmó:

...la materia que concita la intervención del tribunal se encuentra regulada y tal regulación tiene por finalidad prevenir a los consumidores sobre la nocividad del consumo del tabaco, por insuficientes que resulten al apelante los medios legales existentes para cumplir una eficaz acción preventiva....

La ley 26.687 enuncia en su artículo 2º los siguientes objetivos:

a) Reducir el consumo de productos elaborados con tabaco;

¹⁰ Seguimos en la distinción a ACCIARRI, H., La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños. Prevención, Reparación, Minimización de Costos Sociales, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 176.

- b) Reducir al mínimo la exposición de las personas a los efectos nocivos del humo de productos elaborados con tabaco;
- c) Reducir el daño sanitario, social y ambiental originado por el tabaquismo;
- d) Prevenir la iniciación en el tabaquismo, especialmente en la población de niños y adolescentes;
- e) Concientizar a las generaciones presentes y futuras de las consecuencias producidas por el consumo de productos elaborados con tabaco y por la exposición al humo de productos elaborados con tabaco.

Se desprende de esta formulación la pretensión de evitar que personas no fumadoras se inicien en el hábito, fomentar que las personas fumadoras lo abandonen, o procurar que éstas adopten modalidades de consumo menos dañinas (si es que tal posibilidad existe). En síntesis, el objetivo que pretende alcanzarse mediante los instrumentos contenidos en la ley 26.687 es la prevención del daño que acarrea el consumo de cigarrillos, o, en la terminología de Guido Calabresi, la reducción de costos primarios.¹¹ Este jurista, autor de obras fundamentales del Análisis Económico del Derecho, identifica dos objetivos

principales de cualquier sistema de Derecho de Daños: la reducción de costos y el logro de la Justicia. Dentro del primer objetivo, distingue tres objetivos específicos: la reducción de costos primarios, secundarios y terciarios.

Identifica a los costos primarios con los daños derivados de un accidente; los costos secundarios, por su parte, son aquéllos derivados de la tardanza en obtener una compensación; los costos terciarios, por último, son los costos de administración del sistema. Los distintos regímenes que lidian con el daño (el

régimen de la responsabilidad por culpa, el de la responsabilidad objetiva, los sistemas administrativos de compensación) implican diversas combinaciones en la aptitud para el logro de estos objetivos. La normativa en estudio explícitamente centra su atención en el primer tipo de costos.

La decisión del legislador es valiosa, plausible, y armónica con la interpretación judicial del texto de la ley 23.344. Sin embargo, no es la única opción posible.

Sería imaginable un sistema que procurase lograr otro objetivo, por ejemplo, la reducción de costos secundarios a través de mecanismos de compensación administrativos a las "víctimas" del tabaco. Podría, incluso, incorporarse un elemento de prevención primaria, estipulando que el fondo de compensación sea financiado por las mismas tabacaleras. La opción elegida por el Legislador ha sido otra.

Analizaremos en el acápite VI un tema adicional: el de la eficacia de los instrumentos incorporados por la nueva normativa para alcanzar el objetivo pretendido, y la existencia de vías alternativas para concretarlo.

IV. INFORMACIÓN

La dogmática argentina ha señalado que la relación que vincula a fumadores y empresas proveedoras es una relación de consumo,¹² resultando, en consecuencia, aplicables las normas previstas por la ley 24.240 y modificatorias. La relación de consumo está caracterizada por la situación de debilidad en que se encuentra una de las partes. Esta situación de debilidad se configura esencialmente por la asimetría informativa,¹³ noción que refiere a la situación en que el proveedor tiene un conocimiento acabado del producto o servicio que comercializa, mientras que el consumidor tiene un conocimiento imperfecto sobre su calidad.

El orden jurídico provee diferentes herramientas para remediar la desigualdad de conocimiento. Entre ellas, impone al proveedor el deber de informar. Desde el punto de vista del derecho de contratos, se

¹¹ CALABRESI, G., *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, 1a edición, London, Yale University Press, 1970, p. 340.

¹² MÁRQUEZ, J. F., "La responsabilidad por daños producidos por el tabaco. Dudas y propuestas", SJA 17/8/2005 - JA 2005-III-290, Lexis N° 0003/011595, entre otros.

¹³ CASTELLANO, A., "Defensa del consumidor e instituciones jurídicas. Un análisis económico", LexisNexis Jurisprudencia Argentina, número especial sobre Derecho y Economía", 17 de mayo de 2006.

trata de un deber secundario de conducta, accesorio a la prestación principal y manifestación del deber genérico de buena fe en materia contractual. Este instituto está contemplado en el artículo 4º de la Ley de Defensa del Consumidor, que, en la redacción que le confirió la ley 26.361 prescribe:

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 con claridad necesaria que permita su comprensión.

A través de la información se procura minimizar riesgos y preservar la libertad de decisión del consumidor salvando la brecha de información. Informar adecuadamente consistirá en colocar al consumidor en una situación mejor a la que gozaba originariamente. Esto implica que necesariamente la información debe proveerle algo que previamente desconociera. Si la instrucción, advertencia, prospecto o mensaje que acompaña al producto no es capaz de satisfacer ese recaudo, entonces se configura el incumplimiento de la obligación.

En el ámbito específico que estudiamos, la ley 23.344 preveía un mecanismo de información que enunciamos: la incorporación obligatoria de una leyenda estandarizada en cada marquilla. La ley 26.687 crea un sistema más complejo.

Prescribe en su artículo 10 que los envases de los productos elaborados con tabaco llevarán insertos una imagen y un mensaje sanitario, que será actualizado regularmente. Los mensajes, listados en el artículo 7, son los siguientes:

- a) Fumar causa cáncer;
- b) Fumar causa enfisema pulmonar;
- c) Fumar causa adicción;
- d) Fumar causa impotencia sexual;
- e) Fumar causa enfermedades cardíacas y respiratorias;
- f) El humo de tabaco es causa de enfermedad y muerte;
- g) La mujer embarazada que fuma causa daños irreparables a su hijo;
- h) Fumar causa muerte por asfixia;
- i) Fumar quita años de vida;
- j) Fumar puede causar amputación de piernas.

El artículo 11 estipula ciertas características físicas del mensaje, y el artículo 12 prevé la inclusión en uno de los laterales del paquete de información sobre el servicio gratuito para dejar de fumar que deberá suministrar el Ministerio de Salud. Finalmente, el artículo 13 estipula que

En los paquetes y envases de productos elaborados con tabaco no podrán utilizarse expresiones tales como "Light"; "Suave", "Milds", "bajo en contenido de nicotina y alquitrán", o términos similares, así como elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o frases, que tengan el efecto directo o indirecto, de crear la falsa, equívoca o engañosa impresión de que un determinado producto elaborado con tabaco es menos nocivo que otro o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones.

A través de estas normas, mediante la incorporación compulsiva de cierta información, y la prohibición de introducir ciertos mensajes, la legislación da un contenido específico al modo en que debe cumplirse el deber de informar en este ámbito, y profundiza la modalidad prevista originalmente en la ley 23.344.

V. PUBLICIDAD

V.1. EN GENERAL

La dogmática define a la publicidad como ...toda forma de comunicación 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.¹⁴

¹⁴ WAJNTRAUB, J. H., Protección Jurídica del Consumidor, Buenos Aires, LexisNexis - Depalma, 2004, Lexis Nº 3201/000981.

A su vez, se entiende que el art. 9 de la ley 22802 de Lealtad Comercial define a la publicidad engañosa como aquella que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir al error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades del producto o servicio, calidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.

En la caracterización anterior puede advertirse un problema. Un mismo mensaje puede inducir a confusión a una persona, y no a otra. Podemos preguntarnos si se requiere un mínimo de personas que resultarían engañadas por el mensaje, o si por el contrario basta con una sola para tachar a la publicidad de irregular. La doctrina argentina parece entender que la aptitud engañosa debe medirse conforme al estándar de capacidad de comprensión del público al que esa publicidad va dirigida. Luego, la publicidad dirigida a sectores con menor capacidad de comprensión (subconsumidores, como los niños) será juzgada con mayor rigor que aquella dirigida a adultos. Paul Rubin, aplicando un criterio de costos y beneficios, estima que debe considerarse engañosa a la publicidad cuando genera una falsa creencia en algunos consumidores, y el beneficio derivado de su corrección supera el costo que implica (incluyendo en ese costo la información que pierden con el cambio los consumidores que no se engañaban con la primera manifestación).¹⁵ Luego, podría aventurarse que cuando sólo una persona resulta confundida por la publicidad, el beneficio resultante de aclararle a esa persona su confusión no (siempre) sería superior a los costos necesarios para realizar el cambio. Supongamos, por ejemplo, el caso de un mensaje publicitario pleno de ironía, y que muchas personas consideran humorístico. Supongamos además que una persona no advierte el doble mensaje, interpreta literalmente el contenido, y se engaña sobre la calidad del servicio. Si el beneficio que le reporta la claridad no supera el perjuicio de los demás, no hablaríamos de publicidad engañosa. La doctrina ha advertido este problema, que se vincula a la tradicional complacencia del Derecho ante las "pequeñas exageraciones" en que lícitamente puede incurrir el proveedor.¹⁶

La publicidad engañosa puede afectar a los consumidores, que incurren en error, y también a la competencia, como conducta desleal.¹⁷ Analizaremos sólo el primer caso.

La difusión de publicidad engañosa acarrea distintas consecuencias según el efecto que haya tenido. La Ley de Defensa del Consumidor no prohíbe genéricamente esa conducta, pero establece el deber de veracidad respecto de la información. Por el contrario, la ley 22.802 prohíbe esa práctica, estableciendo como sanción, en su artículo 20, la cesación del mensaje irregular y la publicidad correctiva, rectificatoria¹⁸ o contrapublicidad. La misma solución prevén algunos estatutos provinciales sobre protección de intereses colectivos, como el Código Procesal Constitucional Tucumano (art. 77.2), y la ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires (art. 74). No es necesario que un consumidor haya sufrido ningún tipo de daño para que pueda ordenarse esa medida.

Las precisiones formuladas mediante la publicidad engañosa se tienen por incluidas en el contrato y obligan al oferente (art. 8 de la Ley de Defensa del Consumidor). La práctica puede considerarse una violación al deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato, por lo que autoriza al consumidor a optar por exigir su cumplimiento, a demandar la indemnización por los daños causados por el incumplimiento o a articular la nulidad del acto (art. 37 y concordantes, Ley de Defensa del Consumidor).

V.2. RÉGIMEN LEGAL DE LA PUBLICIDAD DE CIGARRILLOS

Señalamos en el acápite II.2 que la ley 23.344 prohibía realizar publicidad bajo ciertas condiciones, horarios y modalidades. Amén de esa ley, algunas provincias han dictado regulaciones aún más

¹⁵ RUBIN, P. H., "Information Regulation (Including Regulation of Advertising)", en BOUCKAERT, B. y DE GEEST, G. (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*. Vol. V. Regulation of Contracts, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 279-280.

¹⁶ SANTARELLI, F. G., "La protección del consumidor frente a la publicidad engañosa en la República Argentina", en AMEAL, O. J. (dir.) - TANZI, S. Y. coord.), *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo Perrot, 2001.

¹⁷ ETCHEVERRY, R. A., "Publicidad engañosa, competencia y responsabilidad civil", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dir.) y BUERES, A. J. (dir.), *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio (Homenaje a Atilio A. Alterini)*, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 1997, Lexis N° 1010/008812.

¹⁸ MAS, V., "Defensa del consumidor: aspectos sustanciales y formales", LNBA 2006-6-618, Lexis N° 0003/800199.

restrictivas: por ejemplo las leyes 1799 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 9113 de la provincia de Córdoba, y 12.432 de Santa Fe.

En algunos fallos judiciales, dictados durante la vigencia del antiguo régimen, se ha estimado que basta con que la publicidad de cigarrillos se sujete a las modalidades prescriptas por la ley para ser considerada lícita.¹⁹ Sin embargo atendiendo a la definición de "publicidad engañosa" que hemos dado en el punto anterior, podemos desestimar esa opinión, porque no da cuenta de la posibilidad de que se incurra en otras irregularidades no contempladas en la ley 23.344. Aún cumpliendo con las prescripciones de esa norma era posible que se observasen inexactitudes u omisiones que indujeran a error.

La cuestión ha tornado abstracta. La ley 26.687 va un paso más allá de su predecesora, prohibiendo 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). Prevé en el artículo 6º una serie de excepciones a la prohibición:

a) En el interior de los lugares de venta o expendio de productos elaborados con tabaco, conforme a lo que determine la reglamentación de la presente ley;

b) En publicaciones comerciales destinadas exclusivamente a personas o instituciones que se encuentren involucradas en el negocio del cultivo, fabricación, importación, exportación, distribución, depósito y venta de productos elaborados con tabaco;

c) A través de comunicaciones directas a mayores de dieciocho (18) años, siempre que se haya obtenido su consentimiento previo y se haya verificado su edad.

Pero en todos los casos la publicidad o promoción deberá incluir uno de los mensajes sanitarios que citamos en el apartado IV, cuyo texto estará escrito en forma "legible, prominente y proporcional". Prohíbe la normativa, finalmente, realizar el auspicio y patrocinio de marca de cualquier tipo de actividad (art. 8).

VI. ENTRE LOS OBJETIVOS Y LAS FUNCIONES. LA EFICACIA DE LA LEY 26.687

VI.1. INFORMAR (Y NO PROHIBIR) PARA PREVENIR EL DAÑO

Hemos señalado que el objetivo pretendido por la ley 26.687 consiste en la prevención de los daños derivados del consumo de productos elaborados con tabaco, y observamos que, si bien resulta una finalidad atendible, existen alternativas que pudieron haberse seguido. Reseñamos, además, cuál es la técnica aplicada para el logro de ese fin. Un observador crítico podría preguntarse por qué el Legislador no acude al más simple expediente para reducir de manera drástica el consumo de esos productos: la prohibición lisa y llana de su producción y comercialización. Para ello bastaría, por ejemplo, con someter a la nicotina al régimen de la ley 23.737, de estupefacientes. Sin embargo, aunque esa medida fuera eficaz para la reducción en el consumo de tabaco (extremo que podría cuestionarse), como sociedad no estaríamos dispuestos a tomar una decisión de esa naturaleza. Preferimos optar por medidas que respeten la voluntad de las personas, y que dejen en sus manos la opción por fumar o no hacerlo. El fundamento radica en que, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos, el daño que pretendemos prevenir es el daño que las víctimas se hacen a sí mismas, y no a un tercero. Por ello, si bien creemos, como colectividad, que los costos de fumar superan a sus beneficios, preferimos que el decisor último sea el propio consumidor. Bien puede creer éste que el beneficio personal supera al costo, y como juez de su bienestar, no podríamos impugnar esa decisión. Ahora bien, pretendemos que esa decisión sea tomada con fundamento, esto es, con información adecuada.

El legislador pudo haber optado por otras vías de mayor eficacia para la prevención de costos primarios. Pudo haber dispuesto que la prevención no dependiese de la voluntad del consumidor, sino de la de un tercero. Por ejemplo pudo haber creado un régimen especial de responsabilidad civil del fabricante que expresamente dispusiera la inaplicabilidad de la defensa de culpa de la víctima o

¹⁹ "Y. D. P., I. y otros c/ Massalin Particulares S.A. y otros s/ daños y perjuicios", Cámara Nacional Civil, Sala C, 30 de octubre de 2008, Lexis N° 70060103.

asunción del riesgo. Una medida de tal naturaleza, más allá de su factibilidad política y de sus consecuencias en otros ámbitos, habría colocado sobre las tabacaleras todo el peso de la búsqueda de alternativas para la evitación del daño.

A poco de detenernos a reflexionar sobre la técnica elegida no podemos dejar de observarla con cierta perplejidad. Cabe preguntarse si es que aún queda alguien que no tenga conocimiento de que fumar causa daños y adicción. Observaremos en el punto VI.3 los resultados de una encuesta reciente que procuró recoger información sobre ése y otros puntos. No obstante, cabe hacer una observación previa.

Numerosos estudios dan cuenta de que en materia de consumo de cigarrillos se observa una capacidad de discernimiento limitada y una voluntad débil. Cualquier persona que haya intentado dejar de fumar, o que conozca a alguien que haya atravesado esa situación, puede dar fe de ello. La comparación entre costos y beneficios señalada arriba, típica de un agente racional, parece sufrir ciertos sesgos. Consecuentemente, resulta necesario recurrir a cierta insistencia, a imágenes impactantes, y a ciertas prohibiciones puntuales para compensar esa conducta errática. La forma en que se brinda el mensaje resulta ser tan importante como el contenido mismo del mensaje.²⁰

Jueces y autores han tenido en cuenta otro aspecto no menor de la cuestión, y que se halla en la división misma entre objetivos y funciones. Es difícil evaluar cuál ha sido la eficacia de la advertencia legal prescrita por la ley 23.344 para el logro de la prevención de daños. Por el contrario, es conocida su utilidad como mecanismo para impedir que se atribuya responsabilidad civil a las tabacaleras por los daños sufridos por fumadores. En tal aspecto, su eficacia ha sido absoluta: al día de hoy no existe un solo proceso judicial en que se haya imputado responsabilidad civil en tal sentido, y la defensa de culpa de la víctima o asunción del riesgo en virtud de la existencia de una advertencia legal ha sido fundamental.²¹ Cabe preguntarse si la ley 26.687 no acentuará este fenómeno.

VI.2. TÉCNICAS PARA INFORMAR

Dado que el acento de la legislación en estudio está puesto en la provisión de información a los consumidores, analizaremos qué técnica es empleada.

Concretamente, nos centraremos en la decisión de crear un régimen especial, contando con un régimen general en materia de publicidad y con las normas de la Ley de Defensa del Consumidor referidas a la información.²² Siendo que el artículo 4 de ese estatuto prevé un deber de informar, y dado que el daño derivado del incumplimiento de ese deber puede originar responsabilidad civil, podemos preguntarnos qué razón lleva al Legislador a dictar normas específicas en la materia.

Esta decisión legislativa se da en distintos ámbitos, y pueden observarse al menos dos modalidades diferentes. Por un lado, pueden enunciarse los datos que el proveedor debe suministrar al consumidor. Hallamos ejemplos en los artículos 10, 14, 15, 21 y 36 de la Ley de Defensa del Consumidor. La otra modalidad se manifiesta en los casos en que las normas tipifican advertencias, indicando precisamente el contenido, la forma o la disposición del mensaje. Un ejemplo notable es el que estamos estudiando, pero no es el único. Por ejemplo, el artículo 235 sexto del Código Alimentario Argentino prescribe:

En el rótulo de los envases de miel, deberá consignarse con caracteres de buen realce y visibilidad y en un lugar destacado de la cara principal, la siguiente leyenda: "No suministrar a niños menores de 1 año."

El diseño de una cláusula de advertencia implica la necesidad de obtener información, evaluar los beneficios provenientes de revelarla y diseñar la manera más eficaz de hacerlo. Cuando el Legislador o la Administración tipifican una advertencia, asumen ese costo. Por el contrario, cuando se sanciona a

²⁰ Para un enfoque enraizado en el Behavioral Law and Economics, véase MONROY, D., "Análisis Económico-Conductual de la Regulación Antitabaco en Colombia: El efecto marco y la fuerza de voluntad limitada", febrero de 2011, disponible en http://works.bepress.com/daniel_monroy/6.

²¹ Véase FLORES, M. L., et al., "Litigation in Argentina: challenging the tobacco industry." *Tobacco control*, 15 (2), pp. 90-96, 2006, disponible en <http://repositories.cdlib.org/postprints/2294>.

²² Analizamos la cuestión con mayor profundidad en la ponencia "El deber de informar como mecanismo de prevención del daño: advertencias típicas, deberes genéricos, y conflictos normativos", presentada ante las XII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral, organizadas por el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Junín, los días 22, 23 y 24 de octubre de 2009. Publicación en CD Rom. Junín, octubre de 2009.

la empresa por no haber previsto la necesidad de incluir una cláusula tal en su producto, y en consecuencia haber incumplido el deber de informar, es el proveedor quien carga con ese costo. Ante la alternativa, podemos preguntarnos qué es lo que resulta más conveniente.

Podríamos aventurar que la solución eficiente es aquella por la cual se imponen los costos sobre quienes están en mejores condiciones de advertir aquella necesidad o sobre aquellos que pueden asumir esta obligación a un costo menor.

Podría sugerirse que el proveedor siempre es quien incurre en menores costos, desde que es quien mejor conoce el producto y sus características esenciales. En consecuencia, bastaría con la norma del artículo 4º de la Ley de Defensa del Consumidor para crear los incentivos adecuados para que se diera a conocer todo cuanto fuera conveniente para el consumidor. No obstante, existen razones que en ciertos ámbitos dan fundamento a una solución diferente.

Una explicación posible es que no siempre el proveedor es quien puede dar la información a un menor costo. Por ejemplo, y con referencia a la advertencia recién mencionada, un apicultor con una producción pequeña puede desconocer por completo que su producto tiene aptitud para afectar a los niños de menos de un año de edad. Adicionalmente, debe considerarse que en productos estandarizados y de producción dispersa, el costo social de diseñar una advertencia adecuada es la suma de los costos individuales en que incurren cientos o miles de productores; la advertencia típica reduciría ese costo, pues lo asume la Administración o el Legislador.

Otra explicación posible es que el artículo 4º de la Ley de Defensa del Consumidor no brinda incentivos suficientes para informar. La empresa podría desestimar el costo de una deficiente advertencia al consumidor. Por ejemplo, podría especular con que difícilmente se entablen demandas en su contra por daños provenientes del consumo de miel por niños menores de un año. O podría estimar que los jueces considerarán, en otros casos, que la advertencia elegida y provista libremente satisface la obligación genérica de informar, aunque no lo haga efectivamente.

Supongamos que no se hubiera sancionado la norma ya citada que obliga a incluir en los envases de miel la sentencia "No suministrar a niños menores de un año".

El proveedor podría incluir voluntariamente cláusulas tales como "No recomendado para menores de un año", que carecen del mismo impacto, pero que un juez podría considerar una razonable manera de dar cumplimiento a la obligación legal. En esos casos el Legislador evaluará que resulta más conveniente asumir el costo de informar.

El Legislador o la Administración pueden considerar conveniente diseñar la advertencia y no delegar esta función a los jueces -como de hecho ocurriría al evaluar la corrección de cada advertencia en el caso concreto sometido a su juzgamiento. Los organismos especializados, con mayor conocimiento de la cuestión, podrían tomar decisiones más acertadas en la materia. Adicionalmente, si postulásemos que la advertencia típica es lo único que el consumidor puede exigir al proveedor que le informe, se evitarían los costos de poner en funcionamiento el sistema judicial en cada caso que se discuta sobre la cuestión. No obstante, si consideramos —como haremos— que la advertencia típica es un piso de información sobre el cual el consumidor puede exigir más, no podemos adscribir a esa última razón.

En segundo lugar debe determinarse cuál es el rol que cumple la norma genérica del artículo 4º de la Ley de Defensa del Consumidor en el caso de que las advertencias típicas incorporadas por la normativa adolezcan de defectos tales que no satisfagan los recaudos previstos por las normas generales. Ese conflicto era palpable con la anterior redacción de la ley 23.344.²³ Recuérdese que la norma del artículo 4º de la Ley de Defensa del Consumidor prescribe que debe brindarse información con ciertas características, y no cualquier tipo de información. El incumplimiento del deber de informar puede darse tanto por falta total de advertencia como por inadecuación de ésta. Consideramos dudoso que la introducción de las advertencias legales eximan al proveedor de dar a conocer otras circunstancias relevantes. No hay razones para considerar que se trate de una legislación de máximos, sino más bien de mínimos.²⁴

²³ NICOLAU, N., "La relación de causalidad entre tabaquismo y deceso del fumador", LLC 2007 (abril), 258 - RCyS 2007, 522 (comentario al fallo García de Bevilacqua, Mónica c. Massalin Particulares S.A., C. Fed. Córdoba, Sala A, 12/09/2006.); FLORES, M. L., et al., op. cit.

²⁴ GARNER afirma que la jurisprudencia americana es conteste en considerar a las advertencias de fuente legal o reglamentaria como requerimientos mínimos, no máximos. Véase GARNER, D., "Cigarette Dependency and Civil Liability: A Modest Proposal", 53 S. Cal. L. Rev. 1423, 1454 (1980), p. 1453. STEVENS cita numerosa jurisprudencia. Véase STEVENS, S., "Kelley v. R.G. Industries:

VI.3. INFORMACIÓN Y FUMADORES

Señalamos que el artículo 4º de la Ley de Defensa del Consumidor prescribe que el proveedor tiene el deber de brindar información al consumidor. Esta información, entre otras características, debe ser clara y completa. Completa significa que no debe omitirse información relevante para el consumidor. La relevancia de la información para el consumidor seguramente está vinculada a lo que éste no sabe y puede estar interesado en saber. Por consiguiente, debemos preguntarnos si saben los consumidores que el cigarrillo es nocivo y genera adicción. La dogmática argentina suele analizar el problema planteando la posibilidad de que exista un defecto de advertencia en el producto, en tanto no se advierte el carácter adictivo²⁵ del tabaco.²⁶

Para responder a ese interrogante tal vez resulte útil recurrir a cierta evidencia empírica sobre lo que los argentinos creen acerca del hábito de fumar.

Acudiremos para ello a la información provista por la Encuesta de Tabaquismo en Grandes Ciudades de Argentina llevada a cabo en el año 2004 por el (entonces) Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación.

En esa encuesta se obtuvo como resultado que un 92.5% de los encuestados opinó que el cigarrillo es definitivamente dañino para la salud. Esta opinión fue algo menor en fumadores (85.8%) que no fumadores (95.7%). No se incluyó una pregunta sobre el conocimiento de los riesgos concretos que acarrea fumar.

Se observó que el 41.5% de los encuestados consideró que es posible fumar durante uno o dos años sin que eso ocasione un daño en su salud. El 83% de los fumadores considera que podría dejar de fumar si quisiera. Un 64.2% de los fumadores considera que el aumento en el precio de los cigarrillos definitivamente no lo desalentaría de seguir fumando.

De modo preliminar, parece que los fumadores argentinos conocen que "fumar es perjudicial para la salud", pero que tienen una percepción alterada del control que tienen de su situación. Un 41.5% cree que no sufrirá daños si fuma uno o dos años, y el 83% cree que puede abandonar el hábito fácilmente, percepciones erradas y peligrosamente extendidas. En consecuencia, podríamos decir que la inclusión de una advertencia sobre el carácter adictivo del cigarrillo no es irrelevante, y que la reforma en tal sentido satisface una necesidad existente.

La otra novedad que introduce la ley 26.687 consiste en el sistema rotativo de advertencias explícitas sobre riesgos concretos asociados al tabaco, y la inclusión de imágenes. En la experiencia comparada se aplican estos mecanismos, y se afirma que tienen mayor efectividad que las advertencias genéricas.²⁷

En segundo lugar, señalamos que la nueva ley prohíbe efectuar ciertas afirmaciones que pueden resultar engañosas. Concretamente prohíbe describir a ciertos cigarrillos como "light", "suave", "mild", o designaciones semejantes.

Los cigarrillos light surgieron en Estados Unidos en la década de los setenta, y se afirma que se trató de una estrategia de la industria tabacalera para atraer nuevos consumidores, e incluso para retener a los antiguos fumadores que pudieran preocuparse por la creciente difusión de la evidencia científica

When Hard Cases Make Good Law", *Maryland Law Review*, 46: 486, 1987, nota 56. No ha dejado de motivar esta tendencia la crítica de parte de la doctrina. Así EPSTEIN afirma que los juicios de responsabilidad civil por productos sólo deberían admitirse en los excepcionales casos en que los fabricantes omitieran incluir las advertencias prescriptas por ley. Otra solución sólo genera incertidumbre, y favorece exclusivamente a los abogados litigantes. Véase EPSTEIN, R., "Class Actions: Aggregation, Amplification and Distortion", Chicago, John M. Olin Law Economics Working Paper No. 182 (2d series), April 2003, p. 38. Esta apreciación no necesariamente se replica en el contexto argentino.

²⁵ Que el tabaco genera adicción ha sido reconocido ampliamente: véase DAVIS, R. M., NOVOTNY, T. E., LYNN, W. R. (eds.) *The Health Consequences of Smoking. Nicotine Addiction: A Report of the Surgeon General Center for Health Promotion and Education, Office on Smoking and Health, United States, Public Health Service, Office of the Surgeon General, 1988*, entre otros.

²⁶ FREIRE AURICH, J. F., "Responsabilidad por daños provocados por el consumo de tabaco. Acción del consumidor contra el fabricante de cigarrillos", *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, tomo 2000, p. 1242; MÁRQUEZ, J. F., op. cit.; en Italia, GUASTALLA, E. L., "El daño causado por el consumo de tabaco en la experiencia italiana", *Revista Jurídica UCES*, n. 10, 2006, pp. 9-23.

²⁷ BROWNE, J., HENNESSEY-LAVERY, S., y ROGERS, K., *Valen Más Que Mil Palabras: Las Etiquetas de Advertencia Pictóricas de Tabaco y Los Derechos Lingüísticos de EEUU*, 2007, <http://repositories.cdlib.org/tc/reports/advertenciapictoricas>.

que vinculaba el tabaco a numerosas enfermedades.²⁸ La industria tabacalera utilizó palabras tales como "light", "mild", "low tar", "low nicotine" y otras para diferenciar este producto. La crisis luego se extendió a Latinoamérica, y nuevamente se recurrió a esta estrategia, con gran aceptación. Sin embargo, la evidencia científica demuestra que no existe beneficio para la salud al reemplazar el consumo de un tipo de cigarrillo por otro. Consecuentemente, la caracterización de este tipo de productos resulta engañosa, y la prohibición legal evita el equívoco.

En síntesis, la reforma en materia de información opera en dos direcciones: advierte de manera explícita y cruda acerca de lesiones concretas que el fumador puede sufrir, y prohíbe efectuar ciertas manifestaciones que aparentemente brindan información pero que pueden resultar malentendidas por los destinatarios.

VI.4. PUBLICIDAD Y FUMADORES

Ha sido demostrado que existe una relación causal entre la exposición a publicidad de productos elaborados con tabaco y la iniciación en el hábito de fumar.²⁹ La amplia prohibición que introduce la ley 26.687 parte de esta convicción, y busca eliminar de raíz una causa principal de inicio temprano de consumo.

La dogmática argentina suele analizar el problema en estudio apelando a la noción de publicidad inductiva, que consiste, por ejemplo, en "asociar al fumar circunstancias placenteras."³⁰ El razonamiento es que el mensaje que el consumidor recibe es contradictorio, ya que la advertencia legal coexiste con formas publicitarias destinadas a exaltar el placer derivado de ese consumo.

Consideramos que la noción de publicidad inductiva es equívoca: no hay publicidad que no pretenda motivar al consumidor. Pero podríamos entender que cierto tipo de publicidad desdibuja la severidad de las advertencias legales. Esto estaría vinculado a la claridad de la información debida: el mensaje no cumpliría el estándar del artículo 4º de la Ley de Defensa del Consumidor si lo contradicen sus circunstancias. El hecho podría ser más grave cuando la advertencia carece de detalle, como ocurría con la ley 23.344, y su poder de convicción es menor. Una alerta tan débil impondría un deber de cuidado superior al estándar a la hora de diseñar la estrategia publicitaria.

La nueva ley pone fin a esta cuestión mediante una veda genérica de publicitar. Atendiendo al poder de este medio, y a la ineficacia de cualquier tipo de mensaje escrito para competir en igualdad de condiciones con aquélla, el Legislador se ve precisado a adoptar una medida de corte radical.

VII. CONCLUSIONES

Las observaciones precedentes nos permiten arribar a las siguientes conclusiones.

1. El nuevo régimen legal en materia de publicidad e información sobre los productos elaborados con tabaco introduce una primera novedad con respecto a la ley 23.344, al enunciar los objetivos que se procura alcanzar mediante sus normas. Esos objetivos pueden resumirse en una directriz única: reducir los daños o costos primarios que provoca el consumo de cigarrillos. Son concebibles sistemas normativos alternativos que procuren una finalidad diferente, como la reducción de costos secundarios derivados del consumo de estos productos.

2. Las técnicas a las que acude el Legislador para lograr ese objetivo consisten en brindar información al consumidor y en la prohibición genérica de publicitar estos productos. De este modo se procura que el consumidor efectúe una decisión informada, evaluando costos y beneficios. La técnica legislativa

²⁸ AGUINAGA BIALOUS, S. y SHATENSTEIN, S., Profits over People. Tobacco Industry Activities to Market Cigarettes and Undermine Public Health in Latin America and the Caribbean, Pan American Health Organization, 2002.

²⁹ Mencionamos algunos de los trabajos más citados que arriban a esta conclusión TYE, J., WARNER, K. y GLANTZ, S., "Tobacco Advertising and Consumption: Evidence of a Causal Relationship", Journal of Public Health Policy, Vol. 8, No. 4, 1987, pp. 492-508; BOTVIN, G. et al., "Smoking Behavior of Adolescents Exposed to Cigarette Advertising", Public Health Report, March-April 1993, Vol. 106, No. 2, pp. 217-224; DAVIS, R., et al., The Role of the Media in Promoting and Reducing Tobacco Use, capítulo 7, Influence of Tobacco Marketing on Smoking Behavior, pp. 211-291, U.S. Department of Health and Human Services, National Institutes of Health, National Cancer Institute Tobacco Control Monograph Series Monograph n° 19, 2008, en http://www.cancercontrol.cancer.gov/tcrb/monographs/19_monograph19.html.

³⁰ HERSALIS, M., MARTÍNEZ GABARINO, C., y MAGRI, E. O., "El daño generado por el consumo de tabaco", Doctrina Judicial, 2004-3, p. 625; WERLEN, C., "Los daños causados por el consumo del cigarrillo", LLLitoral 2010 mayo) 05/05/2010, 352; MÁRQUEZ, J. F., op. cit.

elegida no es la única, ni la más eficaz para el logro de la prevención primaria: como ejemplo de alternativas imaginables mencionamos la prohibición de comercialización, y la atribución de responsabilidad civil a las tabacaleras con exclusión de las defensas de culpa de la víctima y asunción del riesgo. La elección normativa puede responder a una visión colectiva acerca de la importancia de la autonomía de la voluntad: el Legislador no cree adecuado adoptar una postura paternalista con respecto a los individuos, forzándolos a prevenir daños contra su voluntad.

3. La prohibición genérica de publicitar refleja la relativa debilidad de la técnica consistente en proveer información al consumidor frente al influjo de la publicidad engañosa o inductiva, y resulta acorde a las recomendaciones y tendencias en el Derecho comparado. Resulta, asimismo, un mecanismo tendiente a evitar la iniciación en el consumo.

4. La opción legislativa por un conjunto de "advertencias típicas", al margen del régimen general del deber de informar de la Ley de Defensa del Consumidor, puede explicarse básicamente por dos razones: el Estado cuenta con mayor aptitud para determinar los mecanismos más eficaces para informar, o la regla que estipula un deber genérico de informar no genera incentivos adecuados para que los proveedores satisfagan la necesidad de los consumidores.

5. La inclusión de un elenco de advertencias explícitas y la incorporación de imágenes a las marquillas de cigarrillos implican un avance con respecto al sistema de la ley 23.344, acorde a las modernas tendencias en ese sentido.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 4 DE SETIEMBRE DE 2012

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 18.604

Ley 22.802 Art.9

Ley 22.802 Art.20

Ley 23.344

Ley 23.737

Ley 24.044

Ley 24.240

Ley 24.240 Art.4

Ley 24.240 Art.8

Ley 24.240 Art.10

Ley 24.240 Art.14

Ley 24.240 Art.15

Ley 24.240 Art.21

Ley 24.240 Art.36

Ley 24.240 Art.37

LEY 24.557 Art.1

LEY 25.675 Art.2

LEY 25.675 Art.4

LEY 26.361

LEY 26.687

LEY 26.687 Art.5

LEY 26.687 Art.6

LEY 26.687 Art.10

LEY 26.687 Art.11

LEY 26.687 Art.12

LEY 26.687 Art.13

Ley 18.284 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 2126-71 Art.235

LEY 13.133 Art.74

LEY 9.113

LEY 12.432

LEY 1799

Ref. Jurisprudenciales: "Fernandez, Edgardo c/ Nobleza Picardo S.A.", Cám. Nac. Civil, sala B,
2006/02/08

El árbitro de consumo ante los derechos primarios del consumidor

CONDOMI, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 7 DE DICIEMBRE DE 2011

SUMARIO

ARBITRAJE DE CONSUMO: CONCEPTO; CARACTERÍSTICAS; RÉGIMEN LEGAL-DERECHOS DEL CONSUMIDOR-PROCESO ARBITRAL-CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

1. El arbitraje de consumo. El arbitraje de consumo es un medio alternativo de resolución de conflictos planteados unidireccionalmente, de acceso voluntario, en el ámbito del derecho relativo a consumidores y usuarios, derecho consumatario³¹, o derecho consumerista³², inserto en el denominado derecho del consumo³³.

Se trata de un medio, es decir, una vía o camino cuyo trayecto ha de resultar apto para arribar a un fin determinado. Es alternativo en la medida en que existan otros medios aptos para arribar a resultados, al menos, similares; entre estos otros medios, la LDC³⁴ prevé: la vía administrativa (Cap. XII), la vía judicial (XIII) y la intermediación conciliatoria de las organizaciones de consumidores (XIV)³⁵. Tiende a la resolución de una situación determinada, esto es, a dar solución a la misma, consista aquélla en un acuerdo de partes -presente en cualquiera de las cuatro vías indicadas, pero la única solución posible en el procedimiento ante una organización de consumidores (art. 58, LDC); alternativamente, constituyen modos de solución, la sentencia judicial y el laudo arbitral³⁶. La "situación" objeto de resolución consiste en un conflicto jurídico; de modo que lo que se plantea es una controversia (LDC, art. 59) por (presunta) infracción o violación a la normativa de defensa del consumidor (LDC, arts. 45, 58, etc.), que implica un vínculo de adversidad entre partes (proveedor - consumidor) el que, en su caso, da origen a un proceso jurídico de índole contenciosa³⁷. El planteo - o reclamo - tiene carácter unidireccional³⁸, es decir, que sólo procede por iniciativa del consumidor - al igual que ante una asociación de consumidores (LDC, art. 58, cit.)-, pero, distinguiéndose de las actuaciones administrativas, que proceden también de oficio (LDC, art. 45); y a las judiciales que, por cierto, puede iniciar el consumidor (LDC, art. 52) aunque también el proveedor, como sería el caso de algún reclamo

³¹ Expresión que proviene de la voz latina "consummatore".

³² Expresión que proviene de la locución inglesa "consumer".

³³ El derecho "del consumo" refiere a un ámbito genérico que incluye al derecho de los consumidores y usuarios en sí mismos; aquél comprende las relaciones jurídicas que se dan en la estructura de consumo global, de la que forman parte los consumidores y usuarios con sus vicisitudes propias CONDOMI; Reflexiones generales sobre Defensa del consumidor y Sistema Arbitral de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (primeras aproximaciones); www.infojus.gov.ar

³⁴ LDC, Ley de Defensa del Consumidor, n° 24.240, ref.

³⁵ Una somera comparación entre estos medios alternativos puede verse en CONDOMI, op cit.

³⁶ No incluyo entre los posibles modos de solución a las resoluciones dictadas por la Autoridad administrativa, de momento que, en tal sentido, su intervención no soluciona la situación planteada, ya que, por una parte, la limitada reparación del daño directo (art. 40 bis, LDC) es considerada como "una suerte de pago a cuenta de mayores indemnizaciones que pudieren prosperar en sede judicial" (CONDOMI, op cit); y, por la otra, la aplicación de sanciones pecuniarias al proveedor, no inhibe las facultades del consumidor de acudir a la vía judicial en busca de reparación (LDC, art. 52) e, incluso, de un plus en calidad de multa civil o daño punitivo (LDC, art. 52 bis).

³⁷ Con referencia al arbitraje de consumo en particular, he señalado con anterioridad su carácter contencioso, tendiente a hacer valer genuinos derechos fundados en ley, no restringido sólo a "simples conflictos de intereses" (CONDOMI, op cit).

³⁸ La expresión corresponde a la doctrina española (RIBON SEISDEDOS; Manual básico de arbitraje de consumo; CEACCU).

contra el consumidor derivado de una relación de consumo³⁹. El acceso⁴⁰ al sistema arbitral es voluntario para ambas partes; para el consumidor, por el solo hecho de iniciar el procedimiento; para el proveedor, por aceptación en cada solicitud de arbitraje que se le cursa; o, anticipadamente, por haber adherido al Sistema arbitral respectivo⁴¹.

A su turno, el arbitraje de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires participa de las características generales reseñadas `supra⁴², aunque cabe recordar que, conforme al art. 7º de la Ley nº 2.963, CABA, de creación del Sistema Arbitral de Consumo porteña (Ley cit., art. 1º): “Los Árbitros decidirán la controversia planteada según equidad, actuando como amigables componedores”. En consecuencia y en principio, resolverán el pleito tramitando un proceso “de estilo llano” y “a verdad sabida y buena fe guardada”. Esto implica que: a) en principio, su actuación procede “sin sujeción a formas legales” - procesales - (Cód. Proc. Civ. y Com. De la Nación, art. 769); b) también en principio, deciden el mérito de la causa aun prescindiendo del derecho de fondo aplicable. Sin embargo, estas características no pueden interpretarse en sentido absoluto. En efecto, tanto la ley nº 2.963, cit., como la Reglamentación en curso⁴³, contienen normas procedimentales a las que los árbitros han de sujetarse; y, además, resulta obvio que la resolución a la que arribe el Tribunal arbitral en su laudo debe sujetarse a la normativa consumataria, de orden constitucional y legal⁴⁴, bajo pena de arbitrariedad, según entiendo; en este sentido, no resulta ocioso que, aun tratándose de árbitros legos, la ley exige, como condición ineludible para su designación, “acreditar especial preparación en materia de defensa del consumidor y en métodos alternativos de resolución de conflictos” (ley nº 2.963, art. 5º); y esto es así, en particular, atento al carácter de orden público de la LDC (art. 65); a salvo el necesario carácter “letrado” del árbitro institucional (Ley nº 2.963, art. 5º).

2. Los derechos del consumidor y la actuación del árbitro de consumo. A la vista de lo expuesto en el párrafo inmediato anterior, queda claro que el árbitro de consumo no puede laudar ignorando la normativa consumerista y, mucho menos, hacerlo contradiciendo la misma.

Creo que resulta útil aclarar, previamente, que la normativa defensora del consumidor comprende, centralmente, aspectos relativos a la situación (acto, relación) de consumo⁴⁵ en sí; pero, también, cubre etapas previas del trayecto consumista y se extiende, incluso, a circunstancias posteriores del mismo.

Siguiendo, en lo esencial, la clasificación tipo de los derechos del consumidor, sobre la base del texto constitucional nacional, acuñada por STIGLITZ⁴⁶, conforme a la cual se distinguen derechos primarios, sustanciales e instrumentales, según que se refieran “a deberes y funciones del Estado”, o a “soluciones del Derecho de fondo”, o, finalmente, a “mecanismos de implementación”, respectivamente.

A) Derechos primarios. Son ellos el derecho de acceso al consumo y el derecho a la educación para el consumo.

a) El derecho de acceso al consumo comprende la libertad de elección y el derecho a condiciones de trato equitativo y digno en el acceso al consumo.

³⁹ Queda latente la posibilidad de que el proveedor formule reconvencción en el marco de la misma relación de consumo por la que reclama el consumidor, situación no prevista expresamente por la normativa en estudio, como, en cambio sí lo está, p. ej., en el Derecho español (Decreto Real 231/2008).

⁴⁰ El acceso es voluntario; el procedimiento, como se dijo, es contencioso.

⁴¹ CONDOMÍ, op cit.

⁴² Para mayores detalles, CONDOMÍ, op cit.

⁴³ Ver: CONDOMÍ, op cit.

⁴⁴ Queda latente la cuestión referida a la constitucionalidad de la normativa local de derecho sustantivo común (Cons. Nac., art. 75, inc. 12).

⁴⁵ CONDOMÍ; op cit.

⁴⁶ El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur. (La Ley, 19/05/1995)

1.- Previo. El primer punto que debe tratarse sobre este particular, corresponde al denominado derecho de acceder⁴⁷ al consumo, o derecho de acceso al consumo en sí, o propiamente dicho; se refiere a la posibilidad concreta de acceso al consumo; se trata, en consecuencia, del aspecto inicial de la problemática consumista, presupuesto del sistema de derechos del consumidor. Ahora bien, tanto la Constitución Nacional como la LDC, parecen desplegar su normativa consumatoria tomando como punto de partida la relación de consumo ya constituida - o con posibilidades inminentes de constituirse-; es decir, de la lectura de dichos textos, no surge expresamente dicho derecho de acceder al consumo: la normativa específica aludida no garantiza *per se* el acceso al consumo como tal, sino que da por supuesta la existencia de la relación de consumo - o su inminencia-.

Por cierto que la doctrina - y, en ocasiones, la jurisprudencia - suele llenar el vacío normativo señalado, recurriendo a diversos argumentos tendientes a sostener la vigencia del derecho de acceso al consumo en sí, o propiamente dicho.

En primer lugar, se señala que, aun cuando los textos normativos citados no mencionan expresamente el derecho de acceso al consumo (*stricto sensu* o propiamente dicho), "hay que indagarlo en su espíritu"; e, incluso, puede derivárselo de la norma que establece (en la relación de consumo) el derecho "a condiciones de trato equitativo y digno" del art. 42, Cons. Nac., cuya protección comprendería, en este sentido, también el tramo "inicial" del acceso, es decir, "la posibilidad de consumir"; o sea, que cubriría el momento previo y presupuesto a que se entable la relación de consumo; quedaría, incluso, comprometido el principio de "no discriminación", extendido a todos los sectores de la población⁴⁸. Sobre este último particular, creo oportuno recordar que el art. 43, Cons. Nac., otorga acción de amparo "contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen ... al usuario y al consumidor".

Sin perjuicio de ello, quienes sostienen que los derechos mencionados expresamente en la cláusula constitucional consumatoria, se proyectan implícitamente a otros no mencionados - entre ellos, el derecho de acceder al consumo -⁴⁹, hacen uso interpretativo de la norma contenida en el art. 33, Cons. Nac., en tanto se entienda, por extensión, que un pueblo es "soberano", en la medida que incluya entre sus facultades, la posibilidad concreta -jurídicamente garantizada- de proveer a sus "necesidades primarias, fundamentales, o básicas" - según la expresión de BIDART CAMPOS - ; en este sentido, "soberanía" hará referencia no tanto a que el origen del poder estatal confiado a los representantes del pueblo, reside en éste, sino a que mal podría ser soberano quien no contara con un estándar de vida adecuado. En sentido similar, señalo, p. ej., que con anterioridad a la reforma de 1994, no existía en la Constitución Nacional norma alguna que consagrara y garantizara, explícitamente, el derecho a la vida, expresado actualmente en Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, incluidas ahora en el denominado "bloque constitucional" (BIDART CAMPOS), vía art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema; sin embargo, el conjunto de derechos contemplados en el texto constitucional (y, en general, en el ordenamiento positivo argentino global) no tendría operatividad si no se considerara como presupuesto de ellos el reconocimiento de aquél; una vez más, la norma constitucional invocada resulta ser la contenida en el art. 33, Cons. Nac., norma "comodín" que permite incluir en el sistema normativo argentino, con rango constitucional, un conjunto de diversos derechos que, implícitamente, pasan a integrarlo; en este sentido, entonces, los derechos atribuibles a la persona, derivados de su existencia, ya implicaban el derecho "primario" o "elemental" a la vida misma.

De todos modos, integrando los derechos del consumidor la categoría de Derechos Humanos⁵⁰ corresponde indagar su ubicación en los Tratados y Convenciones Internacionales vigentes en la República, en virtud de su incorporación a la jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22, Cons., Nac.. En este sentido, cito dos normas que, claramente, aluden al derecho de acceder al consumo por parte de toda persona; siendo del caso señalar que estos compromisos internacionales obligan a los estados

⁴⁷ BIDART CAMPOS; Manual de la Constitución reformada. (EDIAR S.A.)

⁴⁸ TAMBUSI; Los derechos del consumidor como derechos humanos; en "Derechos Humanos", Gordillo, A. y otros; (Fundación de Derecho Administrativo).

⁴⁹ BIDART CAMPOS; op cit.

⁵⁰ TAMBUSI; op cit.

parte, hacia el interior de sus respectivos territorios, a respetar lo acordado e implementar las políticas tendientes a la vigencia de los derechos que reconocen en dichos documentos, en su calidad de fuente del Derecho Internacional Público (art. 38, 1, a.-, Estatuto de la C.I.J.), bajo el imperio del principio de buena fe (art. 26, Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969⁵¹). Una de dichas normas se establece en el art. 25º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que dispone: 1. “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. La otra norma se ubica en el art. 11º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que reza: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”. La claridad de los textos transcritos parece eximir de mayores comentarios. A este respecto, se observa que se trata de obligaciones directas del Estado, que imponen adoptar las medidas necesarias a los fines indicados (P.I.D.E.S.C.; art. 2º, con sentido progresivo y de no regresividad de los derechos consagrados; se remarca, asimismo, el sentido garantizador de tales normas internacionales⁵²).

Por lo demás, se indica que los derechos del consumidor - cuyo plexo integra el derecho de acceso al consumo en sentido estricto, que nos ocupa - constituyen derechos sociales⁵³; se presentan así como derechos indisolublemente conectados con los previstos en la cláusula constitucional ambiental (art. 41, Cons. Nac.) - referida a bienes de titularidad colectiva (C.S.J.N., fallo “Halabi”) -, en el común carácter de derechos de incidencia colectiva, y con la acción, también colectiva, prevista en el art. 43, Cons. Nac. (Fallo “Halabi”, cit.). Ocurre que, frente al desarrollo sustentable se halla el denominado consumo sustentable⁵⁴, en cuya virtud, si bien “los encargados de las actividades productivas” no han de comprometer con su accionar las necesidades de las generaciones futuras, perjudicando el medio ambiente, “todos los habitantes”, a su vez, tienen el deber de preservarlo: he ahí dos caras de una misma cuestión. Coincidentemente con este criterio, se afirma que, frente a la denominada “responsabilidad social empresarial” (RSE) se ubica la “responsabilidad social del consumidor (RSC); a este último fin, se requiere, centralmente, que “los consumidores dispongan de una capacidad adquisitiva solvente”⁵⁵, circunstancia ésta que condiciona, por defecto, la autonomía necesaria del

⁵¹ MONCAYO-VINUESA-GUTIERREZ POSSE; Derecho Internacional Público. (Zavalía). AKEHURST; Introducción al Derecho internacional. (Alianza Editorial).

⁵² ZEÑÍGA URBINA; Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Apuntes acerca de la naturaleza y justiciabilidad de los derechos fundamentales. (Revista “Pensamiento Constitucional”; ponencia presentada a XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, 2007)

⁵³ PEREZ BUSTAMANTE; Derecho Social de Consumo. (La Ley).

⁵⁴ PEREZ BUSTAMANTE; Los derechos de la sustentabilidad: desarrollo, consumo y ambiente. (Ediciones Colihue).

⁵⁵ TRIMBOLI; Consumidores, empresarios y responsabilidad social. (Ponencia en Congreso Internacional de Acción-RSE, “Del discurso a la práctica”, Chile, 2004).

consumidor en el acceso y posicionamiento en la que denomino estructura de consumo⁵⁶. Sucede que los derechos del consumidor y, en particular, el derecho de acceder al consumo, son derechos también frente al Estado, en tanto existe en cabeza del mismo una obligación activamente universal ante quien necesite ejercerlos, que los acerca a los denominados “derechos por analogado”⁵⁷, - entre los que identifiqué aquellos mencionados en las normas de derecho internacional transcritas en el párrafo anterior -, a cuyo respecto se ha dicho que “comprendemos que quien no puede proveerse por sí mismo la satisfacción de necesidades elementales como son el alimento, la vivienda, la indumentaria, la actividad lucrativa, ve comprometida su subsistencia. Y sin vacilar decimos que tiene “derecho a” alimentarse, vestirse, vivir en un hábitat decoroso, poder trabajar”⁵⁸. Asimismo, conviene recordar que el mencionado art. 25, D.U.D.H., cit., se refiere a “derecho a ... protección social”. Finalmente, y en la medida en que, como enseñaba HUMBERTO PODETTI en sus clases de Derecho del Trabajo, “justicia social es aquella que se deben mutuamente los grupos sociales”, no puede extrañar que se abogue por lograr la satisfacción adecuada de un conjunto mínimo pero esencial de necesidades básicas de nuestros semejantes, de cuya cobertura no pueden desentenderse los grupos sociales más favorecidos. Probablemente, corresponda a la actual corriente de pensamiento jurídico en que militan las denominadas teorías críticas del derecho⁵⁹, poner de resalto la figura del “consumidor” como sujeto jurídico deconstruido y vuelto a elaborar en la justa medida de su participación en la estructura de consumo, arribando a un sujeto -consumidor pleno en el ejercicio de los derechos humanos que le competen, uno de los cuales, como se vino exponiendo, es el derecho primario y “previo” - en el sentido de la “secuencia de operatividad” del lote de derechos consumatarios -, de acceder al consumo. Precisamente, resulta curioso - y contradictorio- que, a la vez que se califica este Derecho de “humano” - en tanto “vehículo social de protección general, vinculado a derechos elementales de la persona humana”⁶⁰, corre paralela una corriente de pensamiento que pretende hallar la fórmula jurídica tipo de un supuesto “consumidor medio”, es decir “aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”, al uso en la jurisprudencia comunitaria española, según parece⁶¹; como se ve, se evidencia, así, la intención de construir una instancia conceptual de “sujeto de derecho-consumidor “medio”, que resultaría único digno de protección en el sistema jurídico que se aventurara a aplicar, generalizadamente, tan poco feliz criterio, en el estado actual de las cuestiones fácticas y jurídicas del consumo.

A su turno, diversas normas de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, implican el derecho de acceder al consumo; si así no fuera, no se ve de qué modo podría garantizarse “el derecho a la salud integral”, “directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente”, que el propio art. 20 de dicho Estatuto Fundamental califica de “inversión social prioritaria”; ni tampoco podría concebirse la idéntica dignidad de “todas las personas”, y la prohibición expresa de discriminar por razones o con pretexto de “condición económica” (art. 11, Cons. CABA); y queda claro el rol activo que el Estado porteño debe asumir respecto de las “políticas especiales” que debe adoptar tratándose de “condiciones de pobreza y exclusión” y satisfacción de necesidades básicas y servicios públicos, en los términos de los arts. 17 a 19 del Texto Supremo local. Por lo demás, resultaría curioso, al menos, que la Ciudad, tras reconocer el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado, y autoimponerse “resolver progresivamente el déficit habitacional ...”, descuidara la atención del acceso al consumo `stricto sensu en cuestiones mínimas e indispensables.

Claro está que las directivas indicadas `suprao contienen un claro mandato de acción a los poderes públicos, en particular, el ejecutivo y el legislativo. Sin embargo, ante su inactividad, y teniendo en

⁵⁶ CONDOMÍ; op cit.

⁵⁷ BIDART CAMPOS; op cit.

⁵⁸ Idem nota anterior.

⁵⁹ CARCOVA; Teorías jurídicas alternativas. (Centro Editor de América Latina).

⁶⁰ TAMBUSSI; op cit.

⁶¹ RIBON SEISDEDOS; op cit.

cuenta que el art. 42, Cons. Nac., expresamente, dispone que “las autoridades proveerán a la protección de esos derechos” (de consumidores y usuarios), aquella exigencia de acción se extiende incluso a los órganos jurisdiccionales, cuya intervención encuadra al respecto, en el denominado activismo judicial, en cuya virtud sus decisiones operan en el ámbito conceptual de la razón práctica⁶². Ahora bien, en estos términos (qué papel puede caberle al árbitro de consumo a su respecto? Veamos. En primer lugar, parece ser doctrina recibida que el órgano arbitral carece de facultades para “decretar” medidas compulsorias (art. 753, Cód. Proc. Civ. y Com.); y - con mayor razón aún - medidas de ejecución (norma procesal citada, y art. 15, ley nº 2.963, CABA, respecto de la ejecutivo); esta dependencia del órgano judicial al respecto conspira, en alguna forma, contra la inmediata efectividad de las decisiones arbitrales, ya que la prohibición incluye el dictado de medidas cautelares o precautorias, en tanto éstas impliquen cumplimiento forzado de alguna conducta por parte del destinatario de la medida - que en eso consiste la “compulsión-; pero, con todo, dicha circunstancia no significa, ciertamente, que el tribunal arbitral no esté facultado para decidir la conveniencia de efectivizarlas y, en consecuencia, cursar por vía rápida y expedita, los requerimientos del caso a la autoridad judicial, a los fines indicados⁶³ (art. 753, Cód. Proc. Civ. y Com., cit.); en este sentido, el árbitro de consumo y el juez requerido han de extremar los recaudos necesarios a efectos de dar cabal cumplimiento a la función tuitiva del ordenamiento consumerista⁶⁴. Creo que no puede olvidarse que el juicio por árbitros constituye una alternativa jurisdiccional al proceso judicial, por lo que debe dotársele de la mayor cantidad de facultades tendientes a “la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”, como reza la norma adjetiva invocada, en un marco de “procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos” derivados del consumo (Cons. Nac., art 43).

Pero, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que no existe norma local alguna que lo inhíba, en principio y dentro de su competencia, de adoptar medidas cautelares, en tanto éstas no impliquen ejecución del acuerdo arbitral, por incumplimiento del mismo (art. 15, ley nº 2.963, cit.). Ciertamente, la situación del árbitro institucional -de intervención necesaria (art. 5º y ccs., ley nº 2.963) -, presenta un carácter homogéneo al de la autoridad administrativa facultada para adoptar medidas preventivas en el procedimiento respectivo (art. 10, ley nº 757, CABA); esta circunstancia robustece la posición del tribunal arbitral de consumo a los fines expuestos.

Por lo demás, si se trata de un aspecto de la relación de consumo desatendido por el proveedor, creo que, en virtud del principio de impulso de oficio de la causa (art. 10, ley nº 2.963), el órgano arbitral puede adoptar medidas tendientes a suplir preventivamente la omisión en que aquél haya incurrido, en tanto ésta obstaculice el acceso del consumidor a dicho rubro del consumo, y siempre y cuando la efectución de la medida no implique un daño notorio, definitivo e indebido a los intereses del reclamado.

Estimo que, en todo caso, bastará que el tribunal arbitral curse un simple requerimiento al proveedor a fin del cumplimiento de la medida dispuesta, siendo que ésta no implicará “orden” o “compulsión” alguna en su contra; recién en caso que el proveedor no respondiera satisfactoriamente al requerimiento del órgano arbitral, entonces éste debería solicitar el auxilio de la autoridad judicial a tal efecto⁶⁵.

⁶² En efecto, la “Segunda Parte” de la Constitución Nacional, se refiere a las “Autoridades de la Nación”; a su turno, su “Título Primero” trata del “Gobierno Federal”; y su “Sección Tercera” dispone acerca “Del Poder Judicial”. En consecuencia, debe abandonarse el hábito - que se observa incluso en no pocos operadores jurídicos - de referirse al “gobierno” como constituido únicamente por el órgano ejecutivo - y, a lo sumo, también por el legislativo -, ya que queda claro que no es ése el criterio hecho norma por el constituyente. Dicho esquema se reitera en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que su Libro Segundo” trata del “Gobierno de la Ciudad”, y su “Título Quinto”, del “Poder Judicial”. De modo tal que no quedan dudas de que los órganos jurisdiccionales estatales también son destinatarios del mandato constitucional de proveer a los derechos del consumidor.

⁶³ En el ámbito de la Ciudad Autónoma de la Ciudad, las medidas vedadas al árbitro de consumo podrían canalizarse, a su requerimiento, incluso a través de la actual Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor porteña, que sí cuenta con facultades para ejercer medidas preventivas (art. 10, ley nº 757 sobre Procedimiento administrativo para la defensa de los derechos del consumidor y del usuario), en la medida en que se implemente adecuadamente un mecanismo de intercomunicación operativa entre el Sistema Arbitral de Consumo y la Dirección General aludida.

⁶⁴ Sobre el carácter tuitivo del ordenamiento consumatorio, ver: CONDOMÍ; op cit.

⁶⁵ Lo cierto es que subyace a todo esto una cuestión de orden institucional pues, en tanto no exista en el ejido de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Justicia ordinaria plena, que le competa en exclusividad, los jueces y tribunales nacionales en lo civil y en

2.- Libertad de elección. Hay libertad de elección en el consumidor cuando es éste el que decide qué bienes o servicios adquirir o contratar, con quién hacerlo, y bajo qué condiciones, dentro de lo que el mercado en el que opera puede ofrecerle. Por cierto que estos factores no son absolutos. En efecto, no todos los bienes y servicios de un rubro determinado están disponibles en todos los mercados; asimismo, en general, la prestación de servicios públicos, p. ej., está reservada a ciertas empresas autorizadas por el Estado, en exclusiva, atento a que nuestra legislación no prohíbe la existencia de monopolios, sino que solamente los sujeta a regulación y control (art. 42, Cons. Nac., cit.; asimismo, ver la Ley de Defensa de la competencia - LDCP -); además, las variables referidas a calidad, precio, cantidades disponibles, etc., vienen pre-determinadas por los integrantes de la "cadena de provisión"⁶⁶, etcétera. De lo que se trata, entonces, es de reconocer en el consumidor la mayor cantidad de facultades posibles en materia de decisiones de consumo; a este respecto, cabe recordar que los actos humanos son voluntarios en tanto sean realizados con "discernimiento, intención y libertad"⁶⁷, siendo que, difícilmente, puedan atribuirse tales factores a actos de consumo en los que su autor carece de facultades decisorias suficientes a su respecto⁶⁸; pues, si bien el ejercicio de la libertad de elección parece indicar que el consumidor ya se encuentra posicionado en el mercado, dando por supuesto en aquél el acceso concreto al consumo, dicha libertad puede interpretarse, previamente, en el sentido de la facultad del consumidor de elegir el ingreso, o no, al mercado o, al menos a uno u otro mercado, estando en condiciones fácticas y sociales de hacerlo; en este sentido, la cuestión retrotrae a la del derecho de acceder al consumo, tratado en el punto anterior de este trabajo, ya que, mal puede llamarse "libre para elegir" quien, involuntariamente, carece de medios para satisfacer sus "necesidades primarias, fundamentales, o básicas" de vida; hay en él un verdadero estado de necesidad primordial o absoluto que lo inhibe de toda elección de vida.

Pero, más allá de este aspecto inicial del consumo, lo cierto es que, aun bajo la calificación de derecho primario, la libertad de elección es tratada, usualmente, como facultad del consumidor para seleccionar, y adquirir y/o contratar, de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado al que accede, aquéllos que él prefiera. En este sentido, queda claro que una tal libertad de elección se conecta con un mercado libre de distorsiones y de prácticas monopólicas descontroladas (art. 42, Cons. Nac.; asimismo, LDCP); es así que la LDC integra su normativa, entre otras, con la relativa a la Defensa de la Competencia y la de Lealtad Comercial (art. 3º, LDC). Ahora bien, "toda distorsión del mercado" no se refiere, necesaria o exclusivamente, a la concertación y acción de grupos económicos o macro-empresas con posición dominante y determinante de las condiciones del mercado; en efecto, también la (micro) actividad de integrantes individuales de la cadena de provisión, - en numerosas ocasiones, con carácter predominante - está alcanzada, en la relación de consumo, por la normativa sobre el particular; y es en este ámbito donde suele tener mayor incumbencia la tarea del árbitro de consumo.

En esta línea de pensamiento, el consumidor ejerce su "libertad de elección", en primer lugar, cuando selecciona qué bienes y servicios adquirir, o contratar, sin compulsiones o, al menos, sin presiones exacerbadas en dicha dirección, por parte de los integrantes de la cadena de provisión. En términos genéricos, la LDC en su art. 8º bis, prohíbe "desplegar conductas que coloquen a los consumidores en

lo comercial siguen siendo competentes en el territorio de la CABA en materia de derecho común y deben aplicar el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en la tramitación de las causas a su cargo, siendo que, precisamente, es la norma del mencionado art. 753 la que veda al árbitro adoptar medidas compulsorias, en particular; de modo tal que el afectado podría, eventualmente, plantear ante uno de tales jueces la nulidad o la modificación de una medida cautelar "decretada" por un órgano arbitral, debiendo aquéllos emitir decisión sobre la base de dicha norma; la situación se complica pues, si la medida adoptada requiere de algún trámite registral las oficinas administrativas respectivas podrían rehusar su toma de razón aduciendo incompetencia del órgano emisor, avalados por la misma norma. Si, en cambio, la regulación local de las facultades arbitrales confirieran expresamente las facultades de cautela aludidas, nada impediría la efectiva realización de las medidas adoptadas por el tribunal arbitral, en virtud del principio de respeto a las jurisdicciones locales impuesto por el art. 75º, inc. 12, Cons. Nac., de obligatorio acatamiento, entonces, por parte de cualquier órgano, administrativo o judicial, que eventualmente interviniera en tramitación.

⁶⁶ Sobre la denominada "cadena de provisión", ver CONDOMÍ; op cit.

⁶⁷ Art. 897, Cód. civ.

⁶⁸ Agradezco esta observación formulada por el Dr. Carlos Eduardo Tambussi, en la exposición que tuvo lugar en el Seminario "Derechos del Consumidor y Derechos Humanos", a cargo del Centro de Formación Judicial, CABA, septiembre/octubre 2011.

situaciones ... intimidatorias"; como ejemplo concreto, cito la prohibición del art. 35, LDC, que veda realizar propuestas al consumidor sobre cosas o servicios no requeridos por éste, en tanto se le imponga al mismo, en caso de querer rechazar la oferta formulada, manifestarse expresamente, so pena de generarle un cargo automático en el sistema de débito con el que opera (con dicha conducta prohibida - dicho sea de paso - se daría al silencio del consumidor un efecto contrario al establecido en el art. 919, Cód. civ.). A su turno, ejerce presiones desmedidas contra el consumidor, el proveedor que despliega reclames publicitarios malintencionados pero certeros para promover el animus consummatorum de aquél en el sentido querido por el proveedor; nótese que no estoy hablando de publicidad "engañosa" sino de aquella que, sin mentir, necesariamente, sobre las características del bien o servicio ofrecido, crea en el consumidor "apetencias" no queridas por éste - que, incluso, pueden resultarle nocivas -, mediante artificios que, en definitiva, sólo tienden a "cerrar" la mayor cantidad de operaciones lucrativas posible; no es que esta finalidad negociadora resulte ilegítima en sí misma; lo ilegítimo es "colocar", a toda costa - en todo caso, a costa del consumidor -, productos o servicios en ámbitos geográficos o personales - o ambos a la vez - en los que los mismos resultan a todas luces innecesarios o, peor aún, contraproducentes. Ocurre que, en estos supuestos, la ilegalidad de tales conductas radica en el consentimiento viciado del consumidor, habiendo sido vulnerada la confianza que ha depositado en su proveedor - fruto de su buena fe-creencia en él -, mediante abuso e incumplimiento de la buena fe-probidad debida por éste⁶⁹. Asimismo, cuando el acceso a un bien o servicio determinado queda indisolublemente ligado a la adquisición o contratación, previa o concomitante, de un bien o servicio "principal", resultando imposible aquel acceso sin cumplir este condicionamiento, la voluntad del consumidor se ve viciada por no contar con libertad de elección suficiente. En efecto, el consumidor o usuario se ve obligado, contra su voluntad, a adquirir o contratar el bien o servicio "principal"⁷⁰, si quiere acceder, al mismo tiempo, al bien o servicio "ligado". En este sentido, p. ej., la LDCP, en su art. 2, inc. i), incluye entre las "prácticas restrictivas de la competencia" la conducta del proveedor consistente en "subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien"; ello bajo apercibimiento de sanciones administrativas previstas en el capítulo VII de dicha ley; no obstante, en la medida que tales comportamientos causen daño al consumidor, en su relación de consumo, éste podrá reclamar su reparación ante el órgano arbitral de consumo (arts. 3º y 59, LDC; Ley nº 2.963, art. 2º, CABA).

Por su parte, cabe destacar el art. 46 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cuanto: a) garantiza a consumidores y usuarios "la defensa ... en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten"; y, en particular, b) "sanciona los mensajes publicitarios que distorsionen su voluntad de compra mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas"; como se ve, la fórmula amplia utilizada por el legislador metropolitano, que se refiere a "técnicas de publicidad inadecuadas", cubre supuestos de reclames publicitarios no engañosos pero no por eso menos perjudiciales para el consumidor, en tanto perturban su libertad de elección, como se indicó `supra

Por lo demás, téngase presente que subyace a la posición disminuida del consumidor en el mercado, en su carácter de tal, una suerte de estado de necesidad secundario o relativo, que condiciona, en principio, la libre elección en sus decisiones consumistas. El árbitro ha de tener en consideración este condicionamiento latente en las elecciones del consumidor, y la vigencia del principio general pro consumatore, que surge de la economía general de la normativa del consumo, debiendo tender al establecimiento de un cierto equilibrio jurídico entre los actores sociales intervinientes (consumidor - proveedores)⁷¹.

⁶⁹ ALTERINI; La responsabilidad en la reforma civil. (Cathedra).

⁷⁰ "Principal" para el proveedor, claro está, porque es obvio que es ese producto o servicio el que, en realidad, quiere "colocar".

⁷¹ CONDOMI; op cit.

3.- El derecho a condiciones de trato equitativo y digno en el acceso al consumo. Si bien tanto la Constitución Nacional (art. 42, cit.) cuanto la LDC (art. 8º bis, cit.) emplean la fórmula compuesta de “condiciones de trato equitativo y digno”, lo cierto es que la misma puede ser descompuesta conceptualmente. En efecto, “trato equitativo”⁷², en la relación de consumo⁷³, significa paridad de trato - circunstancia que se manifiesta, en particular, en materia de “atención al público” (como refiere la LDC) por cualquier medio (personal, telefónico, electrónico, a domicilio, ambulante, etc.) -. Ahora bien, tal paridad o equidad en el trato al consumidor⁷⁴ ha de verificarse en un doble frente: a) respecto de otros consumidores en igualdad de circunstancias; b) respecto del propio proveedor, el que no ha de abusar de su posición comercialmente preeminente ante el consumidor. A su turno, hay “trato digno” - también en la relación de consumo - si se le dispensa al consumidor atención oportuna, solícita, respetuosa y adecuada a sus requerimientos, sin menoscabar en modo alguno su integridad como persona. En consecuencia, si bien, como se ve, es posible distinguir conceptualmente el trato equitativo del trato digno, el primero no resulta ser sino una forma o especie del segundo: en todo trato inequitativo hay trato indigno, toda disparidad de trato conlleva vulnerar la integridad del consumidor en tanto persona, todo trato fuera de equidad es trato discriminatorio, por lo que la falta de equidad en el trato al consumidor implica discriminación a su respecto, jurídicamente intolerable (art. 43, 2º párr., Cons. Nac.; y art. 8º bis, LDC, cit.).

En sentido acorde con lo que se viene exponiendo, se señala que el hombre es tratado con dignidad en tanto sea “considerado como un fin en sí mismo”⁷⁵, resultando inadmisibles, en consecuencia, la exclusión indebida⁷⁶ del consumidor en razón de su edad, credo religioso, sexo, condición económica o social, tipo racial, etc.⁷⁷.

Valgan éstos como ejemplos: que un establecimiento comercial cuente con un sistema de alarma electrónica que se active indiscriminadamente conforme a su modo normal y corriente de funcionamiento, no puede ser objeto de queja o reclamo; pero que se opere, selectivamente, de acuerdo a la “apariciencia” del consumidor, resulta ciertamente discriminatorio, particularmente, si va seguido de tratos desdorosos o vejatorios; ni qué decir, en los supuestos de “selección a dedo”- y trato consecuente - que se verifica en el ingreso a locales bailables, particularmente destinados a los jóvenes, sector social de especial vulnerabilidad.

Por su parte, la Constitución porteña, en el citado art. 46 asegura a consumidores y usuarios “trato equitativo”. Esta disposición debe anudarse a las normas contenidas en el art. 11 del mismo Texto fundamental, el que: a) reconoce a “todas las personas ... idéntica dignidad”, enfatizando que “son iguales ante la ley”; b) prohíbe “discriminaciones” y “cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo”; c) promueve la remoción de los obstáculos ... que ... impidan el pleno desarrollo de la persona...”

b) El derecho a la educación para el consumo.

“Educar al soberano”, he ahí una consigna perenne que, lamentablemente, muchas veces hemos distorsionado o, lisa y llanamente, olvidado. En la medida en que el consumidor es el “soberano” que, en última instancia, promueve y justifica toda producción y comercialización de bienes, y prestación de servicios⁷⁸, proveer a su educación parece prioritario; precisamente, tal derecho es considerado primario, como quedó dicho. En este sentido, el art. 42, Cons. Nac. dispone que “las autoridades proveerán ... a la educación para el consumo”, destacando así que su realización corresponde a

⁷² La LDC se refiere a la “condiciones de atención y trato digno y equitativo”, fórmula ésta que, en lo sustancial, no difiere de la utilizada en el texto constitucional.

⁷³ Respecto del “trato equitativo y digno” relacionado con el derecho de acceder al consumo, ver `supraonº 1.

⁷⁴ Es ésta una aplicación del principio de igualdad ante la ley del art. 16, Cons. Nac.

⁷⁵ IMBROGNO, recordando a Ekmekdjian; Derechos del consumidor: la obligación de un trato equitativo y digno.(Cartapacio).

⁷⁶ Es decir, no admitida por el ordenamiento positivo, plenamente justificada.

⁷⁷ Estudio Jurídico FESTA; Principales Derechos del Consumidor.(www.proconsumer.org.ar)

⁷⁸ MARTÍN Y HERRERA.; Curso de economía política; T* I . (Compañía Sud-americana de billetes de banco).

“funciones y deberes del Estado” (educación formal), en palabras de STIGLITZ, ya recordadas⁷⁹; esta característica deja poco margen de responsabilidad en cabeza de los integrantes de la cadena de provisión, aun cuando, p. ej., el art. 35 de las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, de 1.985, imponga a las empresas acometer programas de educación al consumidor, debiendo incluirse, también, otros canales de educación informal, como son las organizaciones de consumidores y usuarios⁸⁰, ONGos, medios de comunicación masiva, etc.).

Creo conveniente distinguir este derecho a la educación para el consumo del derecho a la información (derecho sustancial del que se hablará más adelante); la educación hace a la formación del consumidor, es decir, en sentido específico, forma al consumidor como tal⁸¹; en estos términos, la instancia de educación para el consumo resulta previa a la constitución del sujeto-consumidor⁸², ya que sólo un consumidor educado para el consumo podrá participar en el mercado con la libertad requerida para elegir, convenientemente, qué bienes y servicios y bajo cuáles condiciones ha de consumir, como, asimismo, quién ha de proveerlos, sobre la base de información adecuadamente interpretada⁸³; la educación concientiza acerca del papel que juega el consumidor en el mercado, como asimismo sobre los medios a su alcance para efectuar sus reclamos y le advierte acerca de las nuevas técnicas de publicidad y comercialización⁸⁴.

Téngase presente que el carácter primario de este derecho requiere del comportamiento activo de las autoridades estatales al respecto, por lo que se reitera el planteo indicado `suprao respecto del derecho al acceso al consumo⁸⁵.

En estos términos, (cuál será la actuación posible del árbitro de consumo, en su carácter de órgano jurisdiccional, en ejercicio de sus funciones? Veamos.

En primer lugar, conviene recordar lo que se expuso `suprao respecto de las facultades arbitrales para disponer medidas cautelares.

Asimismo, en la medida en que algún proveedor haya asumido emprender algún programa de educación para el consumidor (art. 35, Directrices, ONU, cit.), su incumplimiento - o cumplimiento deficiente -, en tanto afecte legítimos intereses de éste, podrá ser objeto de reclamo ante el tribunal arbitral y éste actuar dentro del marco de sus facultades (Ley 2.963, art. 2º).

Por lo demás, todo comportamiento de un proveedor que, p. ej., anule o distorsione alguno de los objetivos constitutivos del status del consumidor, propuestos en la normativa protectoria (vid. art. 3º, Ley nº 3.009), puede ser objeto de requerimiento arbitral (Ley. Nº 2.963, cit.).

c) Correlación de los derechos primarios del consumidor.

Es posible establecer algunas conexiones entre estos derechos primarios. En efecto; si para constituir un “sujeto-consumidor” pleno se requiere formarlo previamente a través de su educación a tal efecto, pareciera ser éste su derecho primario: su estado de necesidad relativo o secundario⁸⁶ así lo indica.

⁷⁹ Vid. art. 60, LDC.

⁸⁰ Vid. art. 62, y 56, h), LDC.

⁸¹ Vid. art. 61, LDC. La Ley nº 3.009, art. 3º, de “Educación al Consumidor”, CABA, persigue, específicamente, como objetivo, que “la sociedad ... 1. Adquiera conceptos claros sobre su condición de consumidor”. Por cierto que esta educación “específica” requiere, paralelamente, de un nivel adecuado de educación general.

⁸² Ver `suprao nota 29 y texto al que accede.

⁸³ STIGLITZ; op cit.

⁸⁴ IRIGOYEN; Los derechos del consumidor. (La Ley, 23/03/1995).

⁸⁵ Ver, asimismo, nota 32. Cabe mencionar que la Constitución porteña no prevé, expresamente, el derecho a la educación del consumidor (vid. art. 46, Cons. CABA). Sin embargo, el art. 23 de dicho Texto Fundamental - referido a la “educación” en general - indica que “La Ciudad ... incorpora programas en materia de derechos humanos”; y, en ese sentido, la Ley nº 3.009, de “Educación al Consumidor”, establece un conjunto de objetivos a cumplir en la materia, a través de las acciones a desarrollar por la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor.

⁸⁶ Ver `suprao, a) 2.

Pero, en la medida en que existen personas cuyo estado de necesidad absoluto o primordial⁸⁷ no les permite siquiera alcanzar un nivel de vida elemental - satisfaciendo sus necesidades mínimas de subsistencia - el inmediato acceso al consumo es su prioridad. Superados estos estadios previos, y accediendo efectivamente el consumidor a las ofertas del mercado, deberá consultarse su concreta libertad de elegir entre ellas y asegurarse de que reciba un trato equitativo y digno en sus relaciones de consumo⁸⁸.

De todos modos, cualquiera sea la función, vinculación y/o combinación que se considere respecto de estos derechos primarios, lo cierto es que, su carácter de tal, impone asegurar su vigencia y efectividad, pues con ello se atiende a aspectos básicos de la vida social contemporánea, signada por el concepto social y humano de los derechos fundamentales. El árbitro de consumo tiene, en las cuestiones de su incumbencia, una intervención privilegiada, atento a la proximidad de trato con las mismas, pudiendo coadyuvar adecuadamente a la solución de los conflictos que se planteen entre consumidores y proveedores, sea a través del acuerdo al que ellos arriben, sea mediante la decisión que, imparcial y fundadamente, dicte; no se trata de un reto "menor", sino del cumplimiento de una función social conveniente y necesaria.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 7 DE DICIEMBRE DE 2011

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 919, Constitución Nacional Art. 33, Constitución Nacional Art. 42, Constitución Nacional Art. 43, Constitución Nacional Art. 75, Ley 17.454 Art. 753, Ley 24.240, Ley 24.240 Art. 3, Ley 24.240 Art. 8, Ley 24.240 Art. 35, Ley 24.240 Art. 45, Ley 24.240 Art. 52, Ley 24.240 Art. 58, Ley 24.240 Art. 59, CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art. 46, LEY 757 Art. 10, LEY 2963 Art. 5, LEY 2963 Art. 7, LEY 2963 Art. 15, LEY 3009 Art. 3
Ref. Jurisprudenciales: "Halabi, Ernesto", CSJN, 24/02/2009

⁸⁷ Idem nota anterior.

⁸⁸ Sin perjuicio, claro está, de considerar tales circunstancias preliminarmente en el ámbito del acceso al consumo `in seo, como se expone `suprao en el texto.

Reflexiones generales sobre defensa del consumidor y sistema arbitral de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (primeras aproximaciones).

CONDOMI, ALFREDO MARIO

Publicación: www.infojus.gov.ar, 20 DE OCTUBRE DE 2011

SUMARIO

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-PROCESO ARBITRAL-ARBITRAJE DE CONSUMO-SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO-CABA

1. INTRODUCCIÓN.

El art. 42º de la Constitución Nacional Argentina, conforme la reforma de 1994, prevé que, en el marco de la defensa de consumidores y usuarios de bienes y servicios “la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”; y agrega: “previando la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

A su turno, la ley nacional nº 24.240 de Defensa del consumidor, en su art. 59º establece que: “ La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho común, según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias propongan las asociaciones de consumidores o usuarios y las cámaras empresarias. Dichos tribunales arbitrales tendrán asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en todas las ciudades capitales de provincia. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral “.

Por su parte, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante ley nº 2.963, y ejerciendo las facultades que le atribuye el art. 80 de su Constitución, en materia “de defensa del usuario y consumidor” crea, en su art. 1º: “el Sistema Arbitral de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dependiente de la máxima autoridad que tenga bajo su órbita a la Dirección de Defensa y Protección del Consumidor u organismo que lo reemplace en el futuro, la que tendrá a su cargo la sustanciación del procedimiento instaurado por esta Ley “. En este ámbito, la ley Nº 3.032 transfirió a la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Ciudad, las atribuciones oportunamente conferidas al Ministerio de Desarrollo Económico, respecto del diseño e instrumentación de las políticas que garanticen la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios; y el Decreto Nº 579/09, a su vez, transfirió las responsabilidades primarias relacionadas con la defensa y protección de los consumidores desde la órbita de la Subsecretaría de Desarrollo Económico del Ministerio de Desarrollo Económico a la Subsecretaría de Atención Ciudadana de la Jefatura de Gabinete de Ministros; y la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor también a la órbita de la Subsecretaría de Atención Ciudadana de la Jefatura de Gabinete de Ministros, resultando ésta última, en consecuencia, la autoridad de aplicación correspondiente. En este sentido, el Decreto 714/10 confirma, expresamente, dicho carácter al establecer “a la Subsecretaría de Atención Ciudadana de la Jefatura de Gabinete de Ministros como la Máxima Autoridad local de Aplicación de las Leyes Nacionales de Defensa del Consumidor Nº 24.240 y de Lealtad Comercial Nº 22.802 y sus leyes modificatorias y demás disposiciones vigentes en la materia” (art. 2º, Dto. Cit.)

Asimismo, el Decreto nº 810/09, en su art. 1º, crea la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dentro de la órbita de la Subsecretaría de Atención Ciudadana de la Jefatura de Gabinete de Ministros, es decir, la Autoridad de Aplicación, siendo aquélla la encargada de implementar el sistema aludido.

Finalmente, se encuentra en plena marcha el trámite de reglamentación del Sistema Arbitral de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires.

2. IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.

Como se ve, el arbitraje de consumo, en el ámbito de la Ciudad, cuenta con un marco legal apropiado a fin de su puesta en marcha y funcionamiento.

A este respecto, es necesario destacar algunos principios a los cuales ha de ajustarse su actividad.

En este sentido, la ley n° 2.963, establece el carácter voluntario del sometimiento al proceso arbitral, siendo vinculante para las partes la decisión que adopte el Tribunal (art. 2° de la ley); en consecuencia, si bien los interesados acuden a dicho proceso por voluntad propia, una vez sometido el conflicto a resolución del Tribunal, deben atenerse a lo que éste resuelva (autoridad de cosa juzgada del laudo que se dicte, art. cit.).

Ocurre que, este tipo de órganos de decisión, aunque insertos en el ámbito de la Administración en sentido subjetivo, ejercen actividad jurisdiccional, con carácter objetivo, razón por la cual sus resoluciones resultan obligatorias para las partes que se le sometieron; no se trata de órganos meramente consultivos.

Además, en principio, el Tribunal arbitral de consumo se integra con tres árbitros, dos de los cuales son elegidos por las propias partes, correspondiendo, respectivamente, a Asociaciones de Consumidores y Asociaciones Empresariales de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 4°, inc. b; y 5° y 6° de la ley), a lo que se le suma un árbitro institucional designado de oficio, todos ellos previamente inscriptos en sendos Registros que debe llevar el sistema (art. 4°, ley cit.). De este modo, en la integración del Tribunal se contemplan los distintos puntos de vista desde los cuales se puede arribar a una solución en equidad del conflicto. Estas pautas, en cierto modo, acentúan el carácter voluntario de acceso al proceso y la expectativa de poder llegar a una justa composición de intereses, sea a través de un acuerdo de partes —que requiere homologación del Tribunal, art. 11°, ley 2.963—, sea mediante el laudo arbitral; en este último caso porque, si bien los árbitros propuestos por las asociaciones respectivas deben actuar, por cierto, con imparcialidad (art. 6°, ley 2.963), cada uno de ellos, atento a su procedencia, juzgarán el caso desde sus propias ópticas específicas, coadyuvando a la decisión del Tribunal.

Sin embargo, esta circunstancia no obsta a que se pueda implementar un “procedimiento especial”, de árbitro único para supuestos de menor cuantía, como el que prevé la reglamentación del sistema de arbitraje de consumo nacional (Res. n° 212/98 Sec. I.C. y M.). Y, en efecto, si bien la ley 2.963 de la Ciudad, en su art. 5°, prevé, únicamente, la composición tripartita del Tribunal Arbitral de Consumo (a diferencia del decreto n° 276/98 que crea el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo, que sí prevé el procedimiento “especial”), lo cierto es que también establece la posibilidad de apartar del sistema arbitral a “las cuestiones que por el monto reclamado queden exceptuadas por la reglamentación” (art. 3°, d, de la ley; esta potencial limitación también existe en el régimen nacional); de donde se sigue, en primer análisis, que podrían quedar fuera del arbitraje de consumo, tal como está normado en la ley porteña, asuntos con escasa significación económica, es decir, por debajo de determinados montos. Pero, al mismo tiempo, son estas cuestiones de “menor cuantía”, precisamente, las que justifican, en principio, un sistema decisonal de este tipo: el arbitraje de consumo se sitúa dentro de un ámbito general de defensa del consumidor, esto es, de quien es considerado parte débil de la relación de consumo (el consumidor o usuario), por lo que resultaría ilógico e, incluso, inconstitucional, dejar fuera de tales procesos a los conflictos de menor nivel pecuniario. De modo que, `prima facie parece razonable reservar los reclamos del consumidor que no alcancen determinado monto, para ser resueltos en un proceso más sencillo y ágil, a cargo de un árbitro único institucional: la “eficacia” de los procedimientos de solución de conflictos referidos en el art. 42, Cons. Nac., radica, en buena medida, en las mentadas sencillez y agilidad de los trámites respectivos; aun cuando, como se dijo, la legislación de la Ciudad no lo prevé, aunque tampoco lo excluye. Creo que, ante este silencio legislativo, resulta conveniente, en estos casos, dar a ambas partes la opción de tramitar el arbitraje mediante el denominado “procedimiento especial”, atento a que se trata de un proceso de acatamiento voluntario, como se dijo y, por añadidura, de amigables componedores (art. 7°, ley 2.963), el que, tradicionalmente, no está sujeto a formas legales en materia procedimental. Esta inteligencia está en sintonía con lo normado en los arts. 1° y 4°, d, de la ley n° 2.963, al poner a cargo de la Autoridad de Aplicación la sustanciación y el dictado de las normas del procedimiento arbitral de consumo.

La ley urbana tampoco prevé, a diferencia del régimen nacional, el proceso a cargo de jueces árbitros (art. 736 y ccs., C.P.C.C.) o árbitros “de derecho” (Dto. 276/98, art. 7; y Res. 212/98, S.I.C. y M., capítulo X); de modo que sólo procede tramitar el arbitraje ante árbitros amigables componedores (ley n° 2.963, art. 7°; o “arbitradores”, art. 766 y ccs., C.P.C.C.), los que, en general, como se dijo, no han

de ceñirse a rigurosas formalidades de procedimiento y sus decisiones se sustentan en “equidad”, antes que en el texto de la ley (art. 769, C.P.C.C.).

En este sentido, la ley nº 2.963, efectivamente, dispone que “los Árbitros decidirán la controversia planteada según equidad, actuando como amigables componedores” (art. 7º, cit.); sin embargo, el procedimiento está suficientemente pautado, previéndose: el impulso de la causa de oficio (art. 10); una etapa de conciliación, con homologación del eventual convenio de partes a que se arribare (art. 11); en caso de fracaso de ésta, debe oírse a las partes (principio de bilateralidad) y admitirse la producción de pruebas (art. 11, cit.); un plazo de 120 días para expedirse (salvo prórroga expresa); el dictado de laudo, con carácter vinculante; la limitación recursiva a solamente el pedido de aclaratoria (ante el mismo Tribunal que laudó), y la acción de nulidad ante juez competente (ésta procede sólo en caso de haberse laudado fuera de término o sobre puntos que no fueron objeto de arbitraje (art. 771, C.P.C.C.).

En cuanto a la “decisión según equidad” a la que deben arribar los árbitros de consumo, y a la facultad de impugnación del laudo (reducida prácticamente a su mínima expresión, esto es, a la posibilidad de deducir en sede judicial acción de nulidad, circunscripta únicamente a los dos motivos citados `suprao, que, en rigor, no hacen al fondo del asunto sometido a arbitraje), plantea un delicado problema de orden institucional.

En efecto; el arbitraje de consumo de la Ciudad presenta características en principio similares a su par español: así, la forma “típica” de Constitución del Tribunal, como se recordó `suprao, es mediante la designación de tres árbitros, uno por cada parte y un tercero nombrado de oficio (el árbitro institucional); en consecuencia, se trata de sistemas “institucional-administrativos”, al decir de CAIVANO; el árbitro institucional es funcionario público y el proceso es preparado, llevado a cabo, fenecido, controlado y registrado dentro de un área administrativa, cual es la Coordinación del Sistema Arbitral de Consumo, dependiente de la Jefatura de Gabinete del GCBA (Dto. 810/09, cit.). El Tribunal, atento a la inapelabilidad del laudo que emita y el restringido ámbito de la eventual acción de nulidad a disposición de las partes, tiene carácter de instancia - jurisdiccional / administrativa - única; de donde se desprende la firmeza que adquiere lo decidido por el Tribunal - salvo nulidad por las razones meramente formales apuntadas.

De modo que la eventual revisión del laudo por un tribunal judicial, en cuanto al fondo del asunto, quedaría reducido a esta vía impugnativa de excepción; de allí que la decisión arbitral debe estar confiada a personas con vocación de ecuanimidad comprobable; y, en el caso de los árbitros propuestos por las distintas asociaciones sectoriales, con aptitud de sentido común y conocimientos acreditados sobre aquello que sea objeto de arbitraje; a su turno, en el caso del árbitro institucional, deberá requerirse sentido jurídico demostrable, atento a que sobre él recae, ciertamente, la dirección y responsabilidad de la marcha técnica del proceso; o, en el supuesto de “procedimiento especial”, lisa y llanamente, toda la responsabilidad del arbitraje. En este sentido, la ley nº 2.963, en su art. 5º, establece un conjunto de requisitos mínimos para la propuesta y registro de árbitros: título profesional - específicamente abogado para el árbitro institucional -, antigüedad de cinco años en la profesión respectiva, y “acreditar especial preparación en materia de defensa del consumidor y en métodos alternativos de resolución de conflictos”; sin perjuicio de los requisitos y pautas de evaluación complementarios que se indiquen por vía reglamentaria (art. cit.).

También prevé la ley nº 2.963 un Registro de Oferta Pública de Adhesión al Sistema Arbitral de Consumo (art. 4º, inc. d, ley cit.), en el cual pueden inscribirse los proveedores, empresas o comerciantes individuales, que crean conveniente someterse, en sus relaciones de consumo, al sistema arbitral de la Ciudad, fijando las características de la oferta (que, ciertamente, pueden acotar, a su respecto, el marco de competencia del sistema al que adhieren). Estas características pueden ser modificadas por el interesado, quien puede, además, separarse del sistema al que adhirió - ya que es voluntario - (art. 20, ley cit.); también es susceptible de ser excluido del sistema, el proveedor que no cumpliera con el laudo que se hubiere dictado a su respecto (art. 19, ley cit.).

3. CUESTIONES DE COMPETENCIA.

La ley nº 24.240 y mod., de Defensa del consumidor (en adelante, LDC), establece que “ La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones “ (art. 41º); y agrega que “ La autoridad nacional de aplicación, sin perjuicio de las facultades que son competencia de las autoridades locales de aplicación referidas en el art. 41 de esta ley, podrá actuar concurrentemente en el control y vigilancia en el cumplimiento de la presente ley “ (art. 42º). Asimismo, prevé un mecanismo administrativo para la comprobación de infracciones a la ley y, en su caso, aplicación de las sanciones correspondientes (Capítulo XII del mismo Título II de la ley); a su turno, el Capítulo XIII del mismo Título se refiere a las acciones judiciales y el Capítulo XIV a las asociaciones de consumidores y su intervención, con fines conciliatorios, ante reclamos del consumidor; finalmente, el art. 59º establece la institución del arbitraje de consumo.

Ahora bien, de la detenida lectura de esta normativa de la LDC, resulta claro que: 1) en materia de control y vigilancia en el cumplimiento del régimen legal, se establece la competencia concurrente entre la autoridad nacional y las autoridades locales (provincias y Ciudad de Buenos Aires), esto es, en el ejercicio de funciones administrativas (art. 42º, cit.); 2) en cuanto al juzgamiento, a.- las acciones en sede judicial, incumben al conocimiento de la jurisdicción del tribunal ordinario competente (art. 53º), local (art. 41º, cit.); b.- los reclamos en sede arbitral, también debe entenderse que corresponde formalizarlos ante el tribunal local (art. 41º, cit.), atento a la actividad objetiva o materialmente jurisdiccional que dichos órganos ejercen: los árbitros en general, y los de consumo en particular, ejercen, en definitiva, funciones de juzgamiento, deferidos a la autoridad local por la LDC (arts. 41º y 42º, cit.),

Queda claro que la denominada “competencia concurrente”, en el ámbito administrativo, entre la Nación, por un lado, y cada provincia y la Ciudad de Buenos Aires, por el otro, resulta de difícil aceptación a nivel constitucional, atento a que se somete al proveedor al riesgo de una múltiple imposición de sanciones por la misma causa; situación, con mayor razón, impensable jurídicamente en materia arbitral, en atención a la fuerza obligatoria del laudo, el que “tendrá carácter vinculante y una vez firme producirá efectos idénticos a la cosa juzgada”, siendo “asimilable a una sentencia judicial que puede ejecutarse por las vías prescriptas en las normas procesales” (ley nº 2.963, arts. 13 y 2; Dto. 276/98, arts. 14 y 1).

El resultado “práctico” de esta “exclusión” jurisdiccional, forzará al replanteo de competencias entre los órganos arbitrales nacionales, y provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, a nivel inter-institucional, a fin de salvaguardar adecuadamente cuestiones de orden constitucional, como se dijo.

4. ASPECTOS DE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES DE CONSUMO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.

El art.1º de la ley nº 2.963 crea “el Sistema Arbitral de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dependiente de la máxima autoridad que tenga bajo su órbita a la Dirección de Defensa y Protección del Consumidor u organismo que lo reemplace en el futuro, la que tendrá a su cargo la sustanciación del procedimiento instaurado por esta Ley”. A su turno, el art. 2º de esa ley, indica que es su objeto “atender y resolver con carácter vinculante y produciendo idénticos efectos a la cosa juzgada para ambas partes, los reclamos de los consumidores y usuarios, en relación a los derechos y obligaciones emergentes de la Ley 24.240 y su modificatoria 26.361, Ley 22.802 y disposiciones complementarias, así como de todas las normas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuyo objeto sea la protección al consumidor y usuario”. Por su parte, el art. 3º de la misma, excluye del proceso arbitral: “ a. Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, y las que puedan dar origen a juicios ejecutivos; b. Las cuestiones que con arreglo a las leyes no puedan ser sometidas a juicio arbitral; c. Las cuestiones de las que se deriven daños físicos, psíquicos y/o muerte del consumidor; d. Las cuestiones que por el monto reclamado queden exceptuadas por la reglamentación”.

De modo que la ley de la Ciudad remite, expresa y directamente, a la ley nacional de defensa del consumidor (LDC), y a la ley nacional de lealtad comercial (LLC) y disposiciones complementarias, debiendo agregarse la referencia explícita que la LDC, en su art. 3º, hace de la ley nacional nº 25.156 de defensa de la competencia (LDPC), sin perjuicio de la mención genérica a las normas locales en materia de defensa del consumidor (NDC): este cúmulo normativo, pues, constituye el ámbito material de competencia de los tribunales arbitrales de consumo de la Ciudad.

El art. 3º de la LDC define la relación de consumo como “el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”; a su turno, este último es “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, LDC); en tanto que “proveedor” es “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 o usuarios” (art. 2º, LDC).

En estos términos, en principio, la denominada “relación de consumo” se determina por la específica conexión jurídica que se establece entre un consumidor (o usuario) y un proveedor, caracterizando a aquél su condición de destinatario final del bien o servicio respectivo, sea para sí o para su grupo de pertenencia más o menos acotado, y sin que resulte relevante el origen o causa del vínculo.

Sin embargo, la propia LDC 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” (art. 1º, ley cit.); es decir, prescindiendo no sólo del origen o causa de la relación de consumo base, sino, además, de la participación del consumidor o usuario, en la misma.

Finalmente, agrega la LDC que también es consumidor “quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo” (art. 1º, ley cit.), es decir, que se prevé otra extensión del concepto considerando, en particular, la posición pasiva del afectado (“estar expuesto a”) y, en todo caso, más allá del origen de dicha relación y de su situación a su respecto, siempre y cuando se vea dócilmente afectado por alguna relación de consumo.

Queda claro, entonces, que el legislador procura dar cobertura al consumidor, cualquiera sea la posición en que éste se encuentre, y por su sola circunstancia de afectado, en tanto y en cuanto haya (o haya habido) una relación de consumo, mediante adquisición o utilización de bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa (art. 1º ley cit.). En efecto, el contexto legal comentado incluye en su régimen a las denominadas “relaciones contractuales de hecho” o “relaciones contractuales fácticas” o “relaciones obligatorias nacidas de conductas social-típicas”; o “supuestos o situaciones de hecho calificadas jurídicamente”, teniendo bajo consideración las circunstancias derivadas del tráfico y contratación en masa, las denominadas condiciones generales de contratación, la letra chica, los “réclames” constantes e indiscriminados de la publicidad masiva, etc. Por cierto que este punto de vista no coincide enteramente con la pretensión de que “el consumidor es el que dirige el proceso de mercado”, en la medida en que se entienda que “la sociedad de consumo” implica, *per se*, la vigencia de un mercado libre; en este sentido, p. ej., para BENEGAS LYNCH (h), hablar de “sociedad de consumo” resulta “una humorada”, porque toda sociedad es de consumo y en ella todos somos consumidores; en esto no parece faltarle razón al economista citado, de momento que ser “consumidor final” implica discontinuar la cadena de utilización de un mismo bien o servicio en el proceso económico-productivo-comercial: de allí el carácter “final” del consumo. Así, p. ej., cuando un tallerista adquiere maquinarias, telas e hilos para fabricar determinadas prendas que luego vende “al público”, actúa como proveedor - en sentido legal - de dicha mercancía; en tanto que permanece “consumidor” - también en sentido legal - p. ej., respecto de la compra de los alimentos que destina al consumo del personal, ya que tales servicios y bienes no son incorporados a la cadena económica-productiva de su actividad.

Pero, además, los mecanismos legales de defensa del consumidor tienden a contrarrestar los efectos del consumismo, esto es, del consumo indiscriminado, ese “brazo más directo” del hedonismo, esa “fórmula posmoderna de la libertad”. En este sentido y, tras preguntarse “(quién protege al consumidor?”, se habla de “disposiciones tendentes a proteger al consumidor contra sí mismo “ y “a todos de los posibles efectos negativos de las transacciones del mercado”.

Ahora bien, la LDC define al “consumidor” o “usuario”, simplemente, por la adquisición o utilización - en forma gratuita u onerosa - de bienes o servicios, empleando una fórmula amplia que se adecua a un número grande de supuestos de hecho (art. 1º, ley cit.). Asimismo, enuncia un conjunto extenso de actividades (producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios) de las que puede ocuparse una persona (física o jurídica, privada o pública) para ser considerada “proveedor” a los fines legales (art. 2º, ley cit.).

En tales términos, es evidente que el legislador ha procurado incluir un extenso número de situaciones a las cuales aplicar el régimen de la LDC. Este criterio amplio es el que debe tenerse en cuenta antes de rechazar un caso traído a arbitraje, en virtud de los sujetos comprendidos en una relación de consumo; y, ante la duda, corresponde darle favorable acogida en el sistema arbitral, en virtud del principio pro consummatore (Ver `infrao, punto 9).

La reforma a la LDC por ley nº 26.361 ha eliminado el párrafo del art. 2º, por el cual no tienen “el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Esta aclaración era innecesaria, atento a que, conforme al art. 1º de la LDC, debe tratarse de “consumidor final”, es decir “aquel que adquiere o utiliza bienes o servicios... como destinatario final”, y es obvio que quien incorpora un bien o servicio en alguno de los procesos mentados por la norma no puede ser considerado “consumidor” conforme a la economía general de la ley citada.

Asimismo, al eliminarse la enumeración de objetos susceptibles de adquisición o utilización por el consumidor, que contenía el art. 1º, LDC en su texto original, en principio, no existen ahora limitaciones en tal sentido; además, queda claro que el origen jurídico de la relación de consumo no ha de radicar, necesariamente, en un contrato, como surgía de la norma reformada, como tampoco impide la aplicación de la LDC, el carácter gratuito de la adquisición de bienes o utilización de servicios correspondientes, según se puntualizó `suprao(art. 1º, ley cit.).

Los servicios profesionales “liberales”, salvo en sus aspectos publicitarios, no están comprendidos en la LDC (art. 2º, párrafo 2º).

En cuanto a los casos que no pueden ser materia de arbitraje de consumo, según el art. 3º, inc. d) de la ley 2.963, son: 1) las cuestiones que, en general, no puedan ser objeto de transacción: asuntos del derecho de familia; las que se refieren a cosas que están fuera del comercio; o a derechos que no pueden ser materia de una convención; las referentes a derechos eventuales a una sucesión o a la sucesión de una persona viva; ésta es la correcta interpretación que debe darse al inc. b del art. 3º, ley 2.963, dado que el sistema arbitral de consumo está directamente establecido en una ley nacional (LDC) e indirectamente en la Constitución federal, de rango institucional superior a la legislación reglamentaria local, de modo que las limitaciones al régimen deben interpretarse con sentido restrictivo; de otro modo, cualquier cuestión que resultara excluida del trámite arbitral por una ley local, quedaría apartada automáticamente del mismo, sin importar la índole de aquélla; 2) las cuestiones de las que se deriven daños físicos, psíquicos y/o muerte del consumidor; en cambio, no están excluidas las cuestiones relativas a daño moral (arg. art. 54º, párrafo 3º, LDC; ver `infrao, punto 7)); 3) las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva; en tanto esto último no ocurra, el conflicto puede ser llevado ante un tribunal arbitral de consumo; en consecuencia y si se tomara conocimiento del juicio en trámite, correspondería exigir al solicitante constancia fehaciente del estado procesal de la causa judicial y sus circunstancias, en la medida en que exista identidad de sujetos, objeto y causa o fundamento, entre las pretensiones ejercidas en ambos juicios; tratándose de

juicios ejecutivos no es necesario siquiera que exista proceso judicial en curso; 4) las cuestiones que por el monto reclamado queden exceptuadas por la reglamentación: no existen actualmente limitaciones reglamentarias con referencia al monto del reclamo, ni parece oportuno fijar monto mínimo alguno, según se refirió `supra; por su parte, el juicio arbitral no está sujeto al monto máximo previsto en el párrafo 2º del art. 40º bis, LDC, referido al resarcimiento de daño directo en sede administrativa no arbitral.

5. CUESTIONES DE COMPETENCIA INTRA-ORGÁNICAS.

La LDC, en su Título II, Capítulo XII, trata del “procedimiento y las sanciones”, refiriéndose, en su art. 45º, a las “Actuaciones Administrativas” a iniciar “en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de esta ley”; a su turno, en el Capítulo XV del mismo Título, se ocupa del “Arbitraje”, instituido “para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley” (art. 59º, ley cit.); el arbitraje procede a petición de los consumidores y usuarios (ley 2.963, art. 2º) `per seo, o a través de representación ejercida por una asociación de consumidores (art. 6º, ley cit.), conforme art. 56º, inc. e) de la LDC; en cambio, las “actuaciones administrativas” pueden iniciarse, también, de oficio (art. 45º, LDC). En estos términos, parece claro, `prima facie, que las denominadas “actuaciones administrativas” tienden a la comprobación y sanción, en su caso, de presuntas infracciones denunciadas por parte interesada o a instancia de oficio; las modalidades de las sanciones previstas en el art. 47º, LDC, recuerdan a un régimen administrativo- contravencional, de carácter punitivo. No afectan este criterio las facultades resarcitorias con que cuentan las autoridades de aplicación, conforme al art. 40º bis, LDC, cit., del mismo modo que la víctima de un delito puede incluir la pretensión de derecho común en un juicio penal (en calidad de actor civil).

De modo que no puede afirmarse, en nuestro medio, que las “controversias” referidas en el art. 59º, LDC, cit., no consisten en verdaderos conflictos susceptibles de resolución por vía contenciosa, bajo la jurisdicción plena de los tribunales arbitrales de consumo; superada la faz conciliatoria del procedimiento arbitral, el tribunal debe abocarse al tratamiento y a la decisión del litigio - en forma prácticamente definitiva en términos reales, tratándose del laudo de amigables componedores - traído a juicio; de modo tal que, si el laudo acoge el reclamo del consumidor o usuario, habrá habido una verdadera violación a la ley, con responsabilidad del proveedor condenado; no es cierto, entonces, al menos en nuestro régimen jurídico, que el arbitraje de consumo resuelva conflictos “que se dan dentro del cumplimiento normal de la norma”; la distinción entre “conflicto de intereses” entre consumidor y proveedor (de los que se ocuparía el arbitraje de consumo) y el “conflicto por incumplimiento de la norma” (sujeto a sanción) no se da, o, al menos no se da en el sentido indicado, en nuestra normativa: las “controversias” objeto de tratamiento y laudo implicarán un incumplimiento de las normas que tienden a la defensa del consumidor, en la medida en que la decisión arbitral sea contraria a los intereses del proveedor reclamado; y si la resolución del tribunal de arbitraje desestima la pretensión del consumidor o usuario, entonces significará que el/los proveedor/es no ha/n infringido las normas legales respectivas.

Ocurre que, si bien las infracciones y sanciones pueden ser comprobadas y aplicadas por la dependencia administrativa que corresponda, a instancia de parte, ello no obsta a que la misma parte acuda al tribunal arbitral para la resolución del conflicto suscitado por la insatisfacción de la pretensión objeto de su reclamo: nótese que, de no prosperar el procedimiento arbitral solicitado por el consumidor, su reclamación deriva en denuncia que debe ser trasladada para su tratamiento a la dependencia correspondiente, dándose inicio “a las actuaciones administrativas ante la autoridad de aplicación de la ley 757 “ (BOCBA Nº 1613) (ley 2.963, art. 22), norma ésta que indica, sin lugar a dudas, que el objeto de reclamo del consumidor implica, presuntamente, un verdadero “conflicto por incumplimiento de la norma”, y no un mero “conflicto de intereses” pues si esto fuera así, no se entendería cómo puede el reclamo de arbitraje transformarse en una “denuncia” por infracción a la ley, abriendo el procedimiento tendiente a su comprobación y eventual aplicación de sanciones.

En suma: los tribunales arbitrales de consumo no son, necesariamente, tribunales “de menor cuantía” (no existe monto máximo, legal o reglamentario, a partir del cual quede inhabilitado transitar este medio alternativo de resolución de conflictos); ni están destinados a resolver “cuestiones que no hayan

infringido la norma” (por el contrario, se abocan a cuestiones litigiosas bajo sospecha de vulneración de la normativa de defensa al consumidor); el carácter de “árbitros” e, incluso, de “amigables componedores” de los miembros del tribunal, no obsta a que comprueben tanto una infracción a la ley (condenando al proveedor infractor), como, contrariamente, la inexistencia de tal infracción (desestimando el reclamo del consumidor); resolver “en equidad” implica resolver conforme a la “justicia - posible - del caso”, aunque sin la carga de formalidades que requiere cumplir un tribunal de derecho, pero no significa que no se esté resolviendo una verdadera controversia jurídica (a tal punto que, como ya se dijo, las facultades recursivas de las partes se hallan restringidas, con particular referencia a los laudos de tribunales integrados por arbitradores, amigables componedores, como los establecidos, con carácter exclusivo, en la Ciudad de Buenos Aires).

6. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS PROVEEDORES.

La ley 24.999 ha incorporado al régimen de la LDC la responsabilidad solidaria entre los integrantes de la cadena de producción, elaboración, distribución y comercialización de bienes o prestación de servicios, que denominaré cadena de provisión, pudiendo liberarse “total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”, si “el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio” (art. 40º, LDC); de modo tal que rige sobre el punto un mecanismo de responsabilidad que recuerda al del art. 1113, Cód. Civil, aunque en aquella norma especial se individualizan varios responsables - sin distinguir la fuente de la responsabilidad - y se establece la solidaridad entre todos ellos. Dicha norma refuerza la importancia de efectuar el reclamo de arbitraje de consumo respecto de todos los implicados en la cadena de provisión, ya que el consumidor o usuario puede obtener de cualquiera de ellos, el pago del total de la obligación (art. 705, Cód. civil), por el carácter solidario de ésta, carácter que, por su parte, no puede ser dispensado o renunciado anticipadamente, atento a que la propia LDC establece su condición de orden público (art. 65º, ley cit.) —ver puntos 7 y 8, `infrao—.

Cabe puntualizar que la responsabilidad solidaria opera en tanto la causa material del daño haya sido el riesgo o vicio de la cosa o la prestación - deficiente - del servicio (art. 40º, LDC, cit.); bastará, entonces, que el consumidor o usuario acredite la existencia de la relación (o situación) de consumo y del daño, debiendo el proveedor, para eximirse de responsabilidad, probar que la causa del perjuicio le ha sido ajena, es decir, que hubo inexistencia o desvío en el nexo causal, a su respecto 26 bis. De este modo, la LDC evita la consideración de alternativas según cuál sea la posición específica del proveedor en la cadena de provisión; así, p. ej., será la misma la extensión de responsabilidad del productor, sin vínculo contractual con el consumidor o usuario, que la del vendedor, relacionado contractualmente con el adquirente del bien o servicio; y la de ambos proveedores, respecto de cualquier tercero, no parte de una relación de consumo o simplemente “expuesto” a ella, en los términos del art. 1º, párrafo 2º, LDC.

En consecuencia, se establece una solidaridad pasiva, en virtud del tránsito de un bien o servicio a través de la cadena de provisión, en la que intervienen distintos protagonistas en calidad de proveedores, aportando sus propias circunstancias a dicho proceso; y aquellos que hayan aportado el riesgo o el vicio de la cosa responderán solidariamente ante el consumidor o usuario, en los términos de la norma legal invocada. Se trata, entonces, de un eslabonamiento de responsabilidades solidarias de tipo objetivo, en el que, a cada proveedor sujeto a reclamo, para deslindar la suya propia, no le será suficiente probar que de su parte no hubo culpa, sino que deberá demostrar “que la causa del daño le ha sido ajena” (art. 40º, `in fineo, LDC, cit.). Nótese que el legislador ha utilizado, a los fines de la exención de responsabilidad del/os proveedor/es, una fórmula distinta en sus términos, a la empleada en el art. 1.113 del Código Civil, respecto del dueño o guardián por daños ocasionados por el riesgo o el vicio de la cosa, ya que, según esta normativa, debe probarse que el perjuicio ha sido causado por la propia víctima o por un tercero extraño, o que la cosa fue usada sin autorización. Ahora bien, la norma de la LDC en comentario, parte del supuesto de que la “causa” del daño al consumidor/usuario radica en el riesgo o vicio de la cosa o en la prestación del servicio; en consecuencia, el proveedor, para eximirse de responsabilidad debe demostrar: 1) que, tratándose de cosas, existiendo tal riesgo o vicio, el mismo no ha sido “puesto” por él; o, 2) que, tratándose de la prestación de un servicio, no existe relación de causalidad adecuada entre aquella y el perjuicio sufrido por el usuario. A estos efectos

resultará apropiado, entonces, probar la responsabilidad de otro proveedor, un tercero extraño, el propio consumidor o usuario, o que se trata de un caso fortuito exterior a la cosa o servicio. Esto es consecuencia de la “estructura de consumo” que se trata de infra en este trabajo (ver punto 9).

Ahora bien, como se anticipó, en virtud de la solidaridad impuesta legalmente a los proveedores, el consumidor, en principio, puede reclamar a cada uno de ellos el total de su crédito (art. 705, Cód. civ.); sin embargo, a la luz del distinto régimen establecido por el derecho común para las obligaciones de fuente contractual respecto de las de origen extra-contractual, cabe preguntarse cuál será, concretamente, el “total” del crédito (quantum) que puede reclamar el consumidor a todos y cada uno de los proveedores; porque, en aquéllas, el responsable carga únicamente con los perjuicios que son consecuencia inmediata y necesaria de la causa dañosa - en nuestro supuesto, el vicio o riesgo del bien o servicio - (art. 520, Cód. civ.), salvo inexecución maliciosa de la obligación, en cuyo caso comprende también las consecuencias mediatas (Cód. civ., art. 521); en cambio, tratándose de obligaciones extra-contractuales, se responde siempre por las consecuencias mediatas previsibles, además de las inmediatas (Cód. civ., art. 904), sin perjuicio de las puramente casuales, si éstas fueron tenidas en miras por el deudor (Cód. civ., art. 906); siendo que, por lo demás y en principio, el régimen de responsabilidad extra-contractual, más amplio, no es aplicable a la materia contractual, salvo derivación en un delito penal (Cód. civ., art. 1.107).

En estos términos, LÓPEZ CABANA, p. ej., indica que la norma del art. 40º, LDC, cit., debió decir concurrente (y no “solidaria”) al atribuir responsabilidad a los proveedores, reconociendo, sin embargo, que se trata de un “régimen especial que consagra la ley (el énfasis me pertenece); en consecuencia, recuerda dicho autor que la asignación de responsabilidad ente los legitimados pasivos ha sido fijada, por tribunales extranjeros, según la participación de cada proveedor (en realidad se refiere a distintos fabricantes, esto es, proveedores que comparten responsabilidad típicamente extra-contractual respecto del consumidor) en el mercado (market share), como supuestos de responsabilidad colectiva. Nuestra jurisprudencia, por su parte, había hecho aplicación del régimen de la responsabilidad contractual respecto del vendedor de cosas con vicios, y de la extra-contractual respecto del fabricante.

Ahora bien, lo cierto es que el art. 40º, LDC, cit., parece atribuir la responsabilidad solidaria, indiscriminadamente, entre todos los protagonistas de la cadena de provisión, cualesquiera sean sus respectivos vínculos con el consumidor o usuario. Ante estos términos de la norma legal, al menos dos posiciones pueden adoptarse:

1) que la LDC, en rigor, admite la distinción, conforme a la normativa del código civil, entre responsabilidad contractual (del vendedor o contratante directo con el consumidor), por un lado, y, por el otro, responsabilidad extra-contractual del resto de los proveedores (quienes no contrataron directamente con el consumidor); estableciendo, en todo caso, la solidaridad entre quienes comparten uno u otro tipo de obligaciones (de origen contractual o extra-contractual respectivamente); así, p. ej., productor, fabricante y distribuidor, serían solidariamente responsables respecto del consumidor o usuario, por los daños que fueran consecuencias inmediatas y necesarias, y las mediatas previsibles (y, en su caso, meramente casuales) del riesgo o vicio de la cosa o servicio; en cambio, el vendedor, p. ej., sólo respondería por las consecuencias inmediatas y necesarias de su incumplimiento contractual (y, en su caso, también por las mediatas en caso de inexecución maliciosa). Este criterio responde al régimen general de responsabilidad civil previsto en el Código respectivo; y atiende, primordialmente, a la posición del deudor de la obligación (el proveedor) favoreciendo, comparativamente, al co-contratante directo del consumidor (el vendedor), atento al menor número de consecuencias por las que responde (en principio, sólo las inmediatas y necesarias, salvo inexecución maliciosa), respecto del resto de los proveedores.

2) que la LDC, no distinguiendo entre responsabilidad contractual y responsabilidad extra-contractual de los proveedores, los pone en pie de igualdad, habilitando al consumidor o usuario a reclamarles, a todos y cada uno de ellos, el total de su crédito; en este caso, deberá establecerse cuál es ese “total” que puede, indiscriminadamente, reclamar el consumidor a sus proveedores, en términos de las diferentes consecuencias por las que deberían responder solidariamente todos ellos. En estos

términos, y conforme al régimen de responsabilidad civil general vigente, la alternativa es: 2.a) o bien todos los proveedores responden por infracción a un deber genérico de no dañar (que sustenta la responsabilidad extra-contractual); 2.b) o bien responden todos ellos sobre la base de sendos incumplimientos contractuales o cuasi-contractuales, entendiendo que media una suerte de extensión del lazo contractual original entre el “primer” proveedor (p. ej., el productor) y su co-contratante inmediato (p. ej., el fabricante), a través de toda la cadena de provisión, hasta llegar al consumidor o usuario concreto. En el primer supuesto, en virtud del principio de reparación integral 30 bis, el consumidor podría reclamar a todos los proveedores el resarcimiento completo de los daños ocasionados, incluso, según el caso, el de las consecuencias casuales; en el segundo supuesto, la responsabilidad solidaria se vería acotada para todos los proveedores, no sólo para el co-contratante directo del consumidor. Me inclino a pensar que, de la propia LDC surge el criterio antes expuesto según el cual todos los proveedores son solidariamente responsables ante el consumidor o usuario, en los términos de una reparación integral de éste 30 ter ; ello así, tanto conforme a la economía general de dicha normativa, cuanto, en particular, del texto expreso del art. 54º, párrafo 3º, de la misma, el que, al tratar del resarcimiento a consumidores o usuarios en caso de “acciones de incidencia colectiva”, establece que “ Si la cuestión tuviese contenido patrimonial él juez] establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral”, criterio éste aplicable, sin dudas, a los reclamos de tipo individual, lo que resulta consistente con estas circunstancias:

i) la responsabilidad de los proveedores respecto del consumidor se encuadra en una estructura de consumo (31) con características propias y definidas;

ii) la LDC adopta el principio de favor debilis, esto es, de protección a la parte considerada débil en la relación de consumo;

iii) en particular, el régimen legal tuitivo consagra el principio *in dubio pro consummatore*;

iv) además de las indemnizaciones de daños y perjuicios, la LDC prevé sanciones específicas en sede administrativa, y la viabilidad de aplicar una multa civil a favor del consumidor, por incumplimientos del proveedor (daño punitivo), circunstancias éstas que exorbitan el sistema general de la responsabilidad civil;

v) la mayoría de los proveedores no son co-contratantes directos del consumidor o usuario, por lo que están sujetos a la responsabilidad amplia en materia extra-contractual;

vi) en todo caso, la LDC atribuye responsabilidades de tipo especial y agravada, que aseguran el resarcimiento pleno del consumidor o usuario;

vii) el cúmulo de obligaciones ex lege atribuidas a los proveedores - incluso al vendedor- exceden el marco de las responsabilidades del ámbito contractual - tal como se da en caso de vicios redhibitorios, por ejemplo - pues su diseño y alcances dependen del arbitrio del legislador.

Sin perjuicio de lo expuesto, ALTERINI había señalado que la legitimación pasiva amplia ya se encontraba vigente en virtud de lo normado en los arts. 5º, 6º y 10º bis, LDC; criterio que comparto.

Resta agregar que “el transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio” (LDC, art. 40º, párrafo 1º, ` in fineo). Esta norma parece limitar la responsabilidad del transportista por daños ocasionados a la cosa objeto del transporte; sin embargo, en virtud del régimen general de la LDC, si la cosa transportada, dañada durante el transporte provoca algún perjuicio adicional al consumidor, el transportista responderá también por este daño, pues la cosa trasladada habrá operado como instrumento nocivo.

7. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.

Conforme al art. 40º bis, LDC (ref. por ley 26.361), 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”, de donde se sigue que el aspecto central del concepto consiste en que el daño debe surgir como ocasionado de manera inmediata, esto es, sin que exista solución de continuidad causal-material, entre la acción u omisión del proveedor o prestador, y el

perjuicio o menoscabo del consumidor o usuario. No obstante la laxitud de esta noción de “daño directo”, en la medida en que puede consistir en un “menoscabo” y afectar, incluso, a la “persona” del consumidor o usuario, debe tenerse presente que, en este sentido, no son susceptibles de arbitraje de consumo las cuestiones de las que se deriven daños físicos, psíquicos y/o muerte del consumidor (art.3º, inc. d., de la ley 2.963), por lo que, en tal caso, procede el rechazo *in limine* de la solicitud de arbitraje; pero, en cambio, estimo procedente la indemnización del daño moral ocasionado directamente por la acción del proveedor, en tanto no afecte la integridad física o psíquica del consumidor o usuario: es éste un caso posible de perjuicio - y, mejor aún, de “menoscabo” - a la conformación y normalidad espiritual de la persona del afectado, dentro del marco de aplicación de la norma citada.

Cabe puntualizar que, en este caso, la ley se refiere al daño ocasionado “como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios” (art. 40º, bis, LDC), por lo que pareciera estar refiriéndose a un perjuicio no proveniente de la cosa o servicio en sí, sino de hechos positivos o negativos atribuibles a culpabilidad (culpa - incluyendo la culpa *in eligendo* e *in vigilando*- o *dolo*) del proveedor o prestador; la responsabilidad, entonces, para que el daño directo fuera resarcible en sede administrativa, debería emanar del aspecto subjetivo del agente de la acción u omisión perjudiciales y no del riesgo o vicio propio de la cosa o servicio. Sin embargo, una interpretación armónica de la normativa vigente, ha de encauzarse hacia el resarcimiento, en sede administrativa, de todo perjuicio —“directo”— sufrido por el consumidor o usuario, por responsabilidad del proveedor, tanto subjetiva (atribuible a dolo o culpa —probada o presunta—) como objetiva (riesgo o vicio).

Ello sin perjuicio de que, en todos los casos, operará la responsabilidad pasiva solidaria del art. 40º, LDC, cit. (solidaridad objetiva), en conexión, en su caso, con los arts. 1.081 (solidaridad en materia de delitos civiles) y 1.109, (solidaridad en materia de cuasidelitos), Cód. Civ.

Comprobado el daño directo, procede conceder un resarcimiento en favor del consumidor o usuario, ello sin perjuicio “de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial”, de las que se deducirán las obtenidas en sede administrativa (art. 40º bis, LDC); en consecuencia, el resarcimiento en sede administrativo opera como una suerte de “pago a cuenta” de mayores indemnizaciones que pudieren prosperar en sede judicial.

Ahora bien, este reclamo implica exceder el marco netamente administrativo de comprobación de infracciones y aplicación de sanciones que la LDC reserva a la Autoridad de aplicación, pues no se trata, simplemente, de sancionar una violación formal a la ley sino de resarcir un daño cometido contra el consumidor o usuario, en los términos de dicha normativa; pero, atento al carácter “inmediato” de su vínculo con la conducta del proveedor, aparece destinado a ser reparado con premura; de allí que, en el ámbito de la Ciudad, se prevea el pronto despacho de las actuaciones (art. 8 bis, ley 757, ref. por ley 2.876.), siendo que, por lo demás, la autoridad de aplicación cuenta con facultades de adoptar medidas preventivas (art. 10, norma cit.); en estos términos, entonces, se le da un tratamiento preferente al tema, dentro del procedimiento administrativo en materia de defensa del consumidor (ley 757, cit.). Bien entendido que, la autoridad administrativa se encuentra restringida, en sus facultades resarcitorias, en cuanto a la extensión de las consecuencias (daño directo) del hecho generador y al alcance del resarcimiento (hasta el monto máximo que resulta del párrafo 2º del art. 40º bis, LDC, cit.- cinco Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el INDEC -).

A su turno, la noción de “daño directo” que surge de la LDC, parece no encuadrar con exactitud en alguna de las categorías del Código Civil, por lo que se requiere conferir precisión conceptual a dicha expresión legal. Sin embargo, se ha señalado que dicha noción debe considerarse a la luz de las definiciones de los arts. 1.068 y 901 del mencionado cuerpo legal. En efecto, el art. 1.068, Cód. civ., define el “daño resarcible”, en términos que coinciden, en lo substancial, con el recordado art. 40º bis, LDC (“perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria”) contemplando, asimismo, tanto el daño en las cosas como en la persona; por su parte, el art. 901, Cód. civ., define las “consecuencias inmediatas” del hecho generador, siendo tal inmediatez entre la acción u omisión del proveedor y el perjuicio o menoscabo del consumidor/usuario, una característica esencial del daño directo resarcible en los términos de la LDC. A todo evento, el régimen consumatario concilia la limitación —cuantitativa y conceptual o cualitativa— del daño directo y su resarcimiento, con la unificación de la solidaridad pasiva —que opera para todos los proveedores, cualquiera fuera la índole de su responsabilidad— en

sede administrativa; de modo tal que la extensión de la solidaridad “compensa” la limitación del resarcimiento que pueda establecer la Autoridad de aplicación.

Por otro lado, cabe preguntarse si los tribunales arbitrales, en los términos del art. 59º, LDC, son competentes para conocer de los reclamos por daño directo; en efecto, dicha norma establece, con amplitud, que incumbe a tales órganos “resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley”, sin hacer distinción alguno, esto es, de todo conflicto que se suscite en torno a una relación de consumo, en los términos de la LDC, LDCP y LLC y ccs. (art. 3º, LDC), y en virtud del principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

A este respecto, cabe recordar que el art. 42, Cons. Nac., determina que “la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos” relativos a la protección de los derechos de consumidores y usuarios; en consecuencia, la LDC, en su Título II prevé cuatro mecanismos distintos a tal fin: a) las actuaciones administrativas (Capítulo XII); b) las acciones judiciales (Capítulo XIII); c) los procedimientos conciliatorios ante las asociaciones de consumidores (Capítulo XIV); d) el arbitraje de consumo (Capítulo XV); se trata de cuatro medios alternativos de resolver conflictos de consumo, cada cual con sus modalidades.

De estas cuatro vías, dos de ellas presentan conexiones que articulan sus respectivos procedimientos, con ciertas semejanzas pero, también con marcadas diferencias: las actuaciones administrativas y el arbitraje. En efecto, ambos surgen de la órbita de la autoridad de aplicación (administrativa); no obstante, las primeras se llevan a cabo enteramente por agentes administrativos, en tanto que el arbitraje reposa, en principio, sobre la composición heterogénea de los miembros del tribunal, no administrativos - con excepción del árbitro institucional -. Ambos mecanismos cuentan con una etapa de conciliación pero, en tanto la instancia administrativa tiende a la comprobación de infracciones y aplicación de sanciones, el tribunal arbitral es un órgano de decisión jurisdiccional, cuyas resoluciones pasan en autoridad de cosa juzgada. Las decisiones administrativas son susceptibles de revisión judicial, en tanto que los laudos arbitrales, si fueron dictados “en equidad” (como es el caso, excluyente, del arbitraje de consumo de la Ciudad de Buenos Aires), resultan inapelables. De elegirse la vía arbitral, atento al carácter alternativo de la misma, y de no mediar frustración del proceso por causa imputable al reclamado, queda inhabilitada la vía administrativa, pues la tramitación del reclamo se ha iniciado y fenecerá en sede arbitral, particularmente, tratándose de proceso ante amigables compondores —sin perjuicio de las eventuales acciones de nulidad o de ejecución del convenio, en sede judicial—.

Nótese, asimismo, que el art. 58º, LDC, remarca el carácter “extrajudicial” de la intervención de las asociaciones de consumidores, expresión que —más allá de su obviedad técnica—, señala, con claridad, que la sola actividad conciliadora, desplegada por tales entidades en esa instancia, no inhibe a las partes de formalizar sus reclamos y defensas en otras sedes; en particular, para el consumidor, solicitar el arbitraje.

Por lo demás, no se observa que la LDC conceda carácter preferente al proceso judicial respecto del arbitral, en la medida en que el consumidor puede optar libremente por solicitar arbitraje y el proveedor, en principio, aceptarlo —o no— de donde surge el sometimiento voluntario a dicho proceso y resultado. Y esto así, más allá de las mayores facultades con que, ciertamente, cuentan los órganos judiciales, en virtud del *imperium* que les incumbe. A lo que se suma el restringido ámbito recursivo respecto de los laudos arbitrales, en particular, los emitidos “en equidad”.

En virtud de las razones expuestas, no existe motivo alguno que inhiba el reclamo de resarcimiento de daños en sede arbitral, en tanto y en cuanto las partes incluyan, entre los puntos a laudar, la indemnización de perjuicios sufridos por el consumidor o usuario provenientes o derivados de una relación de consumo, sin que esté previsto un tope máximo (tanto como no lo está el mínimo) para tramitar el proceso arbitral de consumo. Sin embargo, las partes pueden fijar límites tanto con relación al monto cuanto al tipo de daños a resarcir, y a tales pautas deberá ceñirse el tribunal arbitral en su laudo. En otros términos: el límite del art. 40º bis está establecido respecto de la autoridad de

aplicación en cuanto órgano administrativo, pero no acota la decisión de los árbitros sino en la medida en que las partes lo hagan.

Ahora bien, la propia LDC establece, asimismo, la facultad de interponer recurso de apelación respecto de la resolución administrativa que imponga el resarcimiento del daño directo (art. 40º bis, ley cit.), y la ley local, como se dijo, prevé el recurso directo al respecto (art. 11, ley 757, cit.). Sin embargo, al instituirse los tribunales arbitrales (tanto a nivel nacional como local) sólo se admite la procedencia de un recurso de aclaratoria y de la acción (o recurso) de nulidad contra los respectivos laudos arbitrales (Dto. 276/98, art. 15; ley 2.963, art. 14; respectivamente). En consecuencia, (qué régimen recursivo se aplica al laudo arbitral que admite o rechaza la petición de indemnización de daños?).

En primer lugar, y con particular referencia al juicio por arbitradores o amigables componedores, debe recordarse, como ya se señaló, que las normas procesales, en general, niegan la facultad de apelar los laudos que se emitan; en este sentido, la ley 2.963 de la Ciudad, se encuentra en consonancia con dichas regulaciones legales, siendo que solamente prevé este tipo de arbitraje en materia de consumo (art. 7º, ley cit.).

Sin perjuicio de ello, queda claro que, tratándose de árbitros amigables componedores, los que, en general, han sido elegidos por las propias partes y a cuyo juicio éstas han sometido voluntariamente la resolución del conflicto - el que puede tratar sólo sobre materias disponibles por las partes, esto es, que no afecten el orden público ley 2.963, art. 3º, incs. a), b) y c)], parece razonable limitar las facultades recursivas a su mínima expresión.

De todos modos, los laudos de los tribunales arbitrales de consumo implementados en nuestro medio, de carácter jurisdiccional y, en principio, de integración mixta (aun los “de derecho”), no ostentan la condición de “resoluciones administrativas” susceptibles de ser impugnadas por recurso directo o de apelación según prevé la normativa en comentario.

8. ORDEN PÚBLICO Y ARBITRAJE.

Se ha recordado, `suprao, el carácter de orden público de la LDC (art. 65º).

La expresión “orden público” hace referencia a un conjunto de estándares jurídicos que, en el ámbito “interno” o “nacional”, se reflejan en ciertas normas imperativas, esto es, inderogables por voluntad de partes (incluso del propio beneficiario) en atención a ciertos principios de interés general. A la par de este orden público general, basado en principios fundamentales que hacen a lo esencial de la convivencia, se señala la existencia de orden público en sentido específico o sectorial, p. ej., el orden público laboral; de modo tal que, ante una ley de orden público, debe estarse, en principio, a la especificidad de dicha normativa, esto es, el ámbito de su segmento social de aplicación, sin perjuicio de que, en dicho ámbito, tengan efectividad tanto principios de orden público general (prohibición de contratar sobre cosas fuera del comercio, p. ej.), como normas imperativas acotadas de orden público específico (jornada legal de trabajo, salario mínimo, etc.).

En consecuencia, al tratar una ley declarada de orden público por el propio legislador, deberá el intérprete situarse en el ámbito más o menos acotado a que está referida aquélla, a fin de considerar la imperatividad de sus normas, sin perjuicio, claro está, de la vigencia de los principios de orden público general aplicables al caso.

Ahora bien, como se dijo, la propia LDC se declara a sí misma “de orden público”. Sin perjuicio de enfrentarnos, aparentemente, con un problema de “auto-referencia”, que ha ocupado a la jurística en materia de interpretación constitucional (43), y que ciertos autores parecen zanjar (probablemente sin proponérselo) justificando el “orden público” fuera de la ley misma (44), lo cierto es que, ante la evidencia del texto legal, quien opere a partir del mismo, deberá acotar adecuadamente su ámbito de aplicación.

En efecto, la LDC se refiere al orden público en torno a la relación —o, por extensión, “situación”— de consumo (LDC, art. 1º, cit.): la adquisición de bienes o prestación de servicios a título de destinatario final, circunscriben el ámbito del orden público imperante. En este sentido, p. ej., el imperativo de la solidaridad en la obligaciones de todo proveedor respecto del consumidor (o usuario) antes comentada, no rige, en principio, para todo comerciante por su sola condición de tal, sino en tanto y en cuanto intervenga en una relación de consumo; otro tanto puede decirse, v. gr., de las facultades indemnizatorias de la autoridad administrativa respecto del daño directo ocasionado por el proveedor al consumidor; o de la aplicación, simultánea e indistintamente, del principio de responsabilidad objetiva, para supuestos de índole contractual (vendedor - consumidor, p. ej.) y extracontractual (productor - consumidor, v. gr.); etc..

9. LA “ESTRUCTURA DE CONSUMO”, EL PRINCIPIO PRO CONSUMMATORE (PRINCIPIOS FAVOR DEBILIS, IN DUBIO PRO DEBITORIS, E IN DUBIO PRO CONSUMMATORE).

La relación de consumo, punto de referencia ineludible en la normativa de defensa del consumidor, se integra en un complejo de factores que propongo denominar estructura de consumo. Ésta se configura con: el mercado, los bienes y servicios, el consumo, las relaciones y situaciones de consumo, las operaciones de provisión, proveedores y consumidores/usuarios.

El mercado, ámbito operativo en el cual se manifiestan los restantes factores de la estructura de consumo.

Los bienes y servicios, objetos de consumo o uso, en tránsito a través de las etapas de la cadena de provisión hasta su destinatario final, el consumidor o usuario.

La cadena de provisión, proceso de progresión de un bien o servicio hacia el consumidor final; comprende la producción, elaboración, fabricación, importación, instalación, mantenimiento, garantía, marca, comercialización, distribución, transporte, y prestación de bienes y servicios.

El consumo, definido como uso o aplicación de los bienes y servicios a la satisfacción de nuestras necesidades, término del proceso y fin de la actividad económica.

Las relaciones - y situaciones - de consumo, que conectan al consumidor o usuario, por un lado, con los integrantes de la cadena de provisión (productor, fabricante, distribuidor, vendedor, etc.) por el otro.

Las operaciones de provisión, definidas en cada una de las etapas de la cadena homónima.
Los proveedores y consumidores/usuarios, ya definidos.

Ahora bien, los regímenes jurídicos de defensa del consumidor, advertida la compleja red de relaciones que tienen lugar en la cadena de provisión, contemplan, con preferencia, la posición del destinatario final de dicho proceso; y es esa especial posición del consumidor o usuario de bienes y servicios la que justifica la institución de mecanismos protectorios a su respecto, a través, del principio genérico pro consummatore que engloba los principios particulares de *favor debilis, in dubio pro debitoris, e in dubio pro consummatore*.

1.- El principio favor debilis tiende a la protección de aquél a quien se considera “parte débil” en una relación o situación jurídica; tal el caso del trabajador en relación de dependencia, el sujeto bajo proceso penal, y los menores e incapaces en general. En el caso particular del consumidor o usuario, a partir de la existencia de una relación —o situación— de consumo, la economía general de la normativa que le está especialmente destinada, tiende a su defensa, a través de la compensación equilibradora de su posición en desventaja dentro de la estructura de consumo, respecto de los integrantes de la cadena de provisión: el establecimiento de recaudos y requisitos generales y específicos que, a su respecto, debe observar el proveedor en su actividad, procura brindar cobertura jurídica adecuada a los derechos del consumidor, diseñados en los textos constitucionales. Desde el punto de vista procesal, la LDC, haciendo aplicación del principio de la prueba dinámica, o de las cargas probatorias dinámicas, establece: “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” (art. 53º, ley cit.); esta norma, al concretar la vigencia del principio favor debilis, resulta aplicable al proceso arbitral, atento al carácter jurisdiccional de éste.

2.- El principio *in dubio pro debitoris*, aunque referido a interpretación de normas contractuales en general, excede el marco acotado de los contratos de consumo y como principio del derecho de las obligaciones, se refleja en la LDC, al establecer: “ Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación del consumidor se estará a la que sea menos gravosa” (art. 37º, ley cit.).

4.- El principio *in dubio pro consummatore* es, en rigor, una aplicación singular del principio “*favor debilis*” antes reseñado; en efecto, de características similares a sus pares “*in dubio pro operario*” del derecho laboral, e “*in dubio pro reo*” del derecho penal, el *in dubio pro consummatore* deriva de la posición desventajosa que se atribuye al consumidor o usuario respecto de sus proveedores y reposa, en esencia, en la pauta según la cual, en caso de presentarse dudas en la inteligencia de una norma, ésta debe interpretarse del modo más favorable al consumidor.

La LDC aplica este principio con referencia a:

a) Interpretación de normas legales relativas a:

i) la propia ley de defensa del consumidor, al determinar que: “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor” (LDC, art. 3º);

ii) prescripción de las acciones judiciales: “Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente tres años] se estará al más favorable al consumidor o usuario” (LDC, art. 50º);

iii) legislación referida a servicios públicos domiciliarios: “En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor” (LDC, art. 25º);

b) Interpretación de normas del contrato de consumo: a este respecto, la LDC, establece que: “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” (art. 37º, ley cit.). Tratándose de contratos de adhesión opera, en conexión, el principio *in dubio contra stipulatorem* (46), siendo estipulante el proveedor predisponente de la cláusula contractual afectada (arts. 953, 1071 y 1198, Cód. civ.).

10. STATUS NORMATIVO Y CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR/USUARIO. A PARTIR DE LA REFORMA PRACTICADA POR EL CONSTITUYENTE EN 1994, NO CABE DUDA DE QUE EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS PARTICIPA DEL CARÁCTER CONSTITUCIONAL DE LOS DENOMINADOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ORDEN JURÍDICO; SEÑALÁNDOSE, ASIMISMO, SU ADSCRIPCIÓN EN LAS CATEGORÍAS DE DERECHOS HUMANOS Y SOCIALES.

En efecto, aun cuando, formalmente, los derechos de los consumidores aparecen en nuestro medio en la LDC (texto original de 1992) los mismos podían considerarse incluidos entre los denominados derechos “implícitos” del art. 33, Cons. Nac., aunque, sin duda, su reconocimiento legal expreso confirmó su vigencia en la República; su inclusión explícita en el texto constitucional reformado enaltece, explícitamente, su status normativo.

Ahora bien, en tanto derechos fundamentales, y atento al carácter tuitivo del ordenamiento que los cobija, los derechos del consumidor/usuario se ubican bajo un marco de protección por parte del régimen normativo. En este sentido, el art. 42, Cons. Nac., párrafo 2º, expresa que “las autoridades proveerán a la protección de esos derechos” salud, seguridad e intereses económicos; información adecuada y veraz; libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno; educación para el consumo; defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; control de los monopolios naturales y legales; calidad y eficiencia de los servicios públicos; constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

A su turno, la normativa legal sobre la materia —anterior y posterior a la reforma constitucional— enfatiza el carácter tuitivo del régimen jurídico, bajo el título de “Ley de defensa del consumidor”, que establece “Normas de protección y defensa de los consumidores” (Título I, LDC).

En tales términos, se recuerda que, conceptualmente, en el tratamiento de derechos fundamentales, cabe distinguir entre derechos de defensa y derechos a protección. La diferencia esencial consiste en que, los primeros facultan al particular a exigir del Estado que éste omita injerencias indebidas en el ámbito propio del ejercicio de los derechos fundamentales de aquél: se requieren acciones negativas (de defensa) del Estado; los derechos de protección, en cambio, facultan al particular a exigirle al Estado que lo resguarde de injerencias indebidas de terceros en dicho ámbito: se requieren acciones positivas (de protección) del Estado. *Prima facie*, los derechos del consumidor, en tanto derechos amparados constitucionalmente, participan, sin esfuerzo, de ambas características, pues, a su respecto, cabe exigir que, tanto los terceros como el propio Estado, omitan conductas que pueda perjudicar indebidamente el ámbito jurídico fundamental del consumidor/usuario.

Pero, en tanto derechos de protección (y defensa), los del consumidor/usuario requieren una condición previa respecto del sentido apuntado. En efecto, la protección que debe brindar el Estado se refiere a relaciones recíprocas entre sujetos jurídicos iguales; es decir, que el Estado debe establecer reglas de juego que permitan “conciliar la arbitrariedad de uno contra la arbitrariedad del otro” y, a tal efecto, la acción normativa estatal, debe procurar, en primer término, el establecimiento de un cierto equilibrio jurídico entre los actores sociales intervinientes: es lo que hace al legislar respecto de los incapaces en general, los trabajadores, las personas sometidas a proceso penal y el consumidor/usuario, en tanto parte “débil” de relaciones que, de otro modo, verificarían un “sobrepeso” indebido e injusto a favor de la parte “fuerte” respectiva (el plenamente capaz, el empleador, el Estado en ejercicio de la pretensión penal, el proveedor). En este sentido, entonces, la plena vigencia de los derechos del consumidor/usuario requiere de acciones concretas (no solamente normativas) del Estado, a tal fin; su carácter tuitivo así lo exige.

Ocurre que, en la denominada estructura de consumo tratada en el punto anterior de este trabajo, se ubica, parafraseando a ALEXY, un cierto campo de acción estructural, en cuyo seno operan, en el sub-examen, los principios protectorios vigentes en el Derecho del consumo.

11. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE CONSUMO.

El procedimiento común u ordinario se lleva a cabo, en principio, con un tribunal de tres miembros, como se indicó *supra*; comienza con la conformación del tribunal y terminará, normalmente, con el dictado del laudo (art. 13 ley 2.963) y, eventualmente, la aclaratoria del mismo (art. 14, ley cit.); aunque es posible la conclusión del proceso arbitral mediante conciliación de partes, por acuerdo homologado, (art. 11, ley cit.; art. 11º, R.). Se trata de un procedimiento esencialmente oral (art. 11º, R., cit.), con algunas excepciones como la solicitud de arbitraje y su contestación (art. 8º, R.), el laudo (art. 13º, R.), las actas y resoluciones en general. Las partes pueden actuar por sí o representadas; no se requiere patrocinio letrado (art. 9º, ley cit.), aunque no está excluido. Las notificaciones se realizan de oficio (art. 11º, R., cit.), así como el impulso de las actuaciones (art. 10, ley cit.); asimismo, las notificaciones por medio fehaciente quedan limitadas sólo a: la solicitud de elección de árbitro del reclamado, el traslado de la reclamación, la apertura de la causa a prueba, la citación a las audiencias y el laudo - y en su caso, la aclaratoria - (art. 11º, R., cit.). Se admiten todos los medios de prueba previstos en la normativa procesal (art. 11º, cit. y Cap. VI R.), debiendo entenderse como tal la del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, hasta tanto la Ciudad cuente con Justicia ordinaria propia (art. 59º, *in fine*, LDC); asimismo, como se manifestó *supra*, tiene vigencia en materia arbitral el principio de las cargas probatorias dinámicas, por aplicación del art. 53º, LDC. El laudo puede ser objeto de publicación por orden del propio tribunal arbitral de consumo, en tanto existan razones de interés público (art.13º, R.); las circunstancias han de ser “excepcionales”, ya que siendo de orden público (art. 65º, LDC, cit.), “toda” la materia referida al consumo es de interés público; con todo, estas publicaciones, ordenadas en el mismo laudo, quedan circunscriptas a “medios de difusión” (art. 13º, R., cit.). Los laudos y sus aclaratorias son registrados en un libro llevado al efecto por la Secretaría de la Coordinación del Sistema (art. 13º, R., cit.).

Por otra parte, en el Capítulo VI, *in fineo*, de la reglamentación se prevé un procedimiento especial para causas cuyo monto no supere los \$ 500.-. En estos supuestos interviene solamente un árbitro institucional, en calidad de árbitro único, designado de oficio, por delegación de partes; el procedimiento acorta ciertos plazos y tiende a la mayor sencillez y celeridad del trámite; este procedimiento, de práctica usual en materia arbitral, como se dijo, deriva de las facultades delegadas a la reglamentación por el art. 3º, inc. d. - en conexión con los arts. 1º y 4º a), - de la ley 2.963, y en consonancia con lo dispuesto en el art. 42, Cons. Nac..

12. LOS PROVEEDORES EN EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO, CABA.

Los proveedores pueden acceder voluntariamente al sistema referido, por dos vías: a) adhiriendo al mismo a través del mecanismo de Oferta Pública (Capítulo IV, ley 2.963); o bien, b) compareciendo ante la Coordinación del Sistema, una vez que se le comunique, de oficio, la existencia de solicitud de arbitraje formalizada por el consumidor/usuario, en caso de no hallarse adherido al mencionado mecanismo.

La adhesión al Sistema de Oferta Pública opera mediante presentación del proveedor ante la Coordinación, la que resuelve su inscripción en el Registro respectivo; el proveedor inscripto se hace acreedor a ostentar el distintivo oficial, consistente en el isologo descripto como anexo en el decreto reglamentario debiendo difundir su condición de adherente. Al presentar su solicitud de adhesión, el proveedor puede limitar la oferta en cuanto a la materia y al tiempo de sometimiento a arbitraje de consumo; de no precisar a qué bienes y/o servicios se limita la oferta pública, se entiende que la misma abarca todos los bienes y/o servicios del proveedor; el tiempo de vigencia de la oferta no puede ser menor a 6 meses; el plazo indicado por el proveedor se prorroga automáticamente por un período igual, salvo renuncia o modificación del mismo mediante presentación por escrito en los términos del art. 20, ley 2.963, circunstancias que, asimismo, deberá informar al público. La adhesión al Sistema de Oferta Pública implica que, la sola presentación de la solicitud de arbitraje por el consumidor/usuario ante la Coordinación, conforma la celebración del acuerdo arbitral, si las pretensiones ejercidas por el presentante entran en el ámbito de la oferta del proveedor; en consecuencia, solamente corresponde notificar al proveedor de la existencia de la solicitud respectiva, convocándolo para que concurra a designar árbitro de su sector, a los fines de integrar la constitución del tribunal, ya que el consumidor/usuario debió elegir árbitro al formalizar la solicitud aludida. En ambos casos, en defecto de elección de los respectivos árbitros, la Coordinación del Sistema debe proceder al sorteo de los mismos. La incomparecencia del proveedor adherido no obsta a la tramitación del proceso arbitral, ya que: a) el acuerdo arbitral, en su caso, habrá quedado formalizado con la sola presentación de la solicitud del consumidor/usuario (arg. art. 21, ley 2.963); b) la no elección de árbitro sectorial faculta a la Coordinación del Sistema al sorteo del mismo (art. 6º, ley 2.963); c) tratándose de reclamo con monto indeterminado, ante el silencio del proveedor adherido, habrá que estar a lo que haya indicado al respecto el consumidor/usuario en su solicitud; en este sentido: 1.- si el reclamante designó árbitro de su sector, la Coordinación procederá a sortear los árbitros restantes (el otro sectorial y el institucional); 2.- si el solicitante no designó árbitro, debería convocárselo para que opte por el procedimiento a seguir (común o especial), y proceder en consecuencia, ya que la no designación de árbitro en la solicitud, no implica *per se*, que el consumidor/usuario se haya decidido, *in limineo*, por el procedimiento especial. La posición del proveedor adherente - que por esa sola condición de tal está en pleno conocimiento del sistema arbitral - no es la misma que la del consumidor/usuario, a cuyo respecto deben extremarse las vías tuitivas, incluso en materia procedimental.

Tratándose de proveedor no adherido al Sistema, corresponde notificarle la existencia de la solicitud de arbitraje a fin de que acepte o no el mismo y concurra, en caso de aceptar, a suscribir el convenio arbitral y designar árbitro de su sector; si no acepta el arbitraje o no suscribe el convenio dentro de los 5 días de notificado, corresponde el pase de las actuaciones para su trámite ante la Autoridad administrativa (Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor) - art. 22, ley 2.963-.

13. ALGUNA JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO Y ARBITRAJE DE CONSUMO.

Sin perjuicio de la extensa jurisprudencia expuesta en Derecho Social de Consumo, de la Dra. Laura Pérez Bustamante, citada, conviene tener presente, en particular, algunas referencias judiciales sobre la materia.

A) Sin duda, merecen citarse dos precedentes básicos que provienen del common law; uno de ellos, correspondiente al derecho norteamericano, *Langridge vs. Levy*; y el otro, al derecho inglés, *Donoghue vs. Stevenson*.

En *Langridge vs. Levy*, de 1837, se hace responsable al vendedor de un arma de fuego defectuosa, por los daños sufridos por el usuario, no adquirente directo del bien dañado, operando una cierta extensión del contrato de compraventa, celebrado con el padre del actor, "para ser usada el arma por el adquirente y sus hijos"; en este caso si bien el tribunal hace mención al dolo del demandado, alude, no obstante, a una cierta relación o trato directos entre actor (el hijo del adquirente, perjudicado) y el demandado (vendedor de la cosa dañosa), resultando el adquirente (co-contratante del demandado) un "agente inconsciente de la transacción". Sin embargo, los reparos y limitaciones sentados por este fallo, en la materia, son evidentes, ya que el tribunal recomienda operar con cautela, "aun en casos de instrumentos y objetos peligrosos en sí mismos", a fin de no sentar precedentes que posibilitarían accionar "contra los vendedores", por daños "a cualquier persona que resultara lesionada por el objeto".

En cuanto a *Donoghue vs. Stevenson*, de 1932, el tribunal condena al fabricante de una cerveza, por los daños provenientes de la contaminación de la misma, sufridos por quien resulta, en definitiva, consumidor de aquella, no adquirente directo de la bebida - ya que la compra la realizó un amigo de la víctima, en un café -. El fallo señala la relación estrecha, casi directa, entre el fabricante y el consumidor, no adquirente del bien, debiendo aquél responder por los perjuicios padecidos por éste, por actos cuya aptitud dañosa resulta previsible. Destaca la facultad del fabricante (el proveedor) de ejercer el contralor del artículo que fabrica, sabiendo que coloca su "producto alimenticio en envases que él sabe que serán abiertos por el consumidor". Como se ve, la alusión a la relación cuasi directa entre el proveedor (el fabricante) y el consumidor (adquirente mediato), recuerda al precedente "*Langridge vs. Levy*" - antes reseñado -, destacándose la atribución de responsabilidad directa al fabricante, omitiendo la mención al vendedor de la cosa dañosa (el establecimiento en que fue adquirida).

Por cierto que, paralela y concurrentemente con la evolución de la atribución de responsabilidad por bienes y servicios de consumo, se da la de objetos riesgosos o peligrosos, los que suelen ser tratados en la jurisprudencia referida, al mismo tiempo, y al que nuestra LDC hace referencia, precisamente, al establecer la responsabilidad solidaria de los proveedores por daños ocasionados al consumidor/usuario (art. 40º, ley cit.).

B) Ricardo LORENZETTI, en su disertación en las Jornadas Nacionales de Ambiente y Consumo, Tucumán, 2008, comentó dos fallos dictados por la Corte Suprema de la Nación, que integra, en los que, particularizando la denominada "relación de consumo", se especifica el concepto de consumidor/usuario equiparado que surge del art. 1º, LDC.

En uno de ellos, *Ferreyra, Víctor c/V.I.C.O.V.S.A.*, se responsabiliza al concesionario de una ruta - que resulta proveedor del servicio concesionado - por los daños sufridos incluso por quien no fue contratante del peaje (acompañante lesionado por el accidente ocasionado por la colisión del automotor en que viajaba como acompañante, con un animal suelto que se interpuso en el camino -) atribuyendo el Tribunal infracción al deber de seguridad que pesa sobre el proveedor del servicio, respecto del consumidor/usuario equiparado.

En el otro caso, *Mosca, Hugo A. c/Provincia de Buenos Aires y otros*, el Supremo Tribunal federal responsabilizó a la parte demandada por los daños sufridos por quien, sin ser espectador del encuentro deportivo que se desarrollaba en el interior del estadio, fue alcanzado mientras se hallaba en la vía pública, por objetos lanzados desde aquél; se hizo una interpretación extensiva del término "estadio" empleado en la ley 23.184 (actualmente modificada), a la luz de la normativa de defensa y protección del consumidor, que, conforme sostiene Lorenzetti(64), cubre "situaciones de riesgo" también respecto de sujetos no contratantes - e incluso ajenos a la relación de consumo -. Veo en esto otro ejemplo de "situación de consumo" (la del transeúnte perjudicado) que, derivada de una verdadera relación de consumo, cual es la del organizador del espectáculo (proveedor) con los espectadores

(consumidores/usuarios en sentido propio), autoriza, en los términos del art. 1º, LDC, la aplicación del régimen normativo especial, al consumidor/usuario equiparado.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 20 DE OCTUBRE DE 2011

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 520, Ley 340 Art. 521, Ley 340 Art. 705, Ley 340 Art. 901, Ley 340 Art. 904, Ley 340 Art. 906, Ley 340 Art. 1068, Ley 340 Art. 1081, Ley 340 Art. 1107, Ley 340 Art. 1109, Ley 340 Art. 1113, Constitución Nacional Art. 42, Ley 17.454 Art. 736, Ley 17.454 Art. 766, Ley 17.454 Art. 769, Ley 17.454 Art. 771, Ley 22.802, Ley 23.184, Ley 24.240, Ley 24.240 Art. 1, Ley 24.240 Art. 40, Ley 24.240 Art. 40 Bis, Ley 24.240 Art. 58, Ley 24.240 Art. 59, LEY 24.999, LEY 25156, LEY 26.361, CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art. 80, LEY 2963, LEY 2963 Art. 2, LEY 2963 Art. 4 al 6, LEY 2963 Art. 7, LEY 2963 Art. 11, LEY 3032

La actividad desplegada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de 2004 como expresión de una política jurisprudencial

CAMPORA, MARIO (H)

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 7 DE SETIEMBRE DE 2011

SUMARIO

DERECHO CONSTITUCIONAL-DERECHOS HUMANOS-DERECHO PROCESAL-ESTADO DE DERECHO-CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN-PODER LEGISLATIVO-PODER EJECUTIVO-COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA-JUEZ-INTERPRETACIÓN DE LA LEY-PRINCIPIO DE DIVISION DE PODERES-JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA-MEDIO AMBIENTE-USUARIOS Y CONSUMIDORES

En procura de establecer el moderno estado constitucional de derecho, se puede suponer que la Corte Suprema de los Estados Unidos, al resolver la causa *Marbury vs Madison*, intuyó que era esencial para su supervivencia establecer su autoridad, pero que también era decisivo advertir y reconocer los riesgos a los que se enfrentaría si perdía de vista las limitaciones que cada contexto institucional, político y social imponen al ejercicio del efectivo control de constitucionalidad.

De ser cierta esta suposición, se puede afirmar que a lo largo de sus doscientos años de historia, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha construido un método de selección de los asuntos en los que intervendría (el *certiorari*), determinando de esta forma las prioridades de su labor. Este método de selección puede ser indicativo del contenido de un programa, de una agenda que se fija el tribunal: calificada doctrina europea ha denominado a este programa como la expresión de una política jurisprudencial.

Como se explicará en la primera parte de este trabajo, se considera que la expresión política jurisprudencial es rica en contenido, y por eso se intentará trasladar la aplicabilidad del concepto a nuestras latitudes. El objeto de este trabajo radica entonces en intentar explicar esta noción, para posteriormente repasar en la segunda parte la actividad desplegada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina (CSJN) en el periodo 2004-2011, con la pretensión final de sostener que las novedades y modificaciones que ese tribunal ha impreso a su actividad ilustran una determinada política jurisprudencial en el tiempo definido, cuyo contenido apunta a fortalecer el papel institucional de la CSJN frente a los poderes legislativo y ejecutivo federales.

I. LA NOCIÓN DE POLÍTICA JURISPRUDENCIAL

A. En la definición que se propone, la política jurisprudencial contiene al menos cinco elementos constitutivos:

1. El primero de ellos es el de un pensamiento ((una doctrina?) que gobierna la elección de una determinada política jurisprudencial: así, el pensamiento podrá ser, por ejemplo, liberal, progresista, conservador, represivo, dialoguista o cauteloso frente a las atribuciones del Presidente y el Congreso. Se puede afirmar entonces que la actividad del tribunal será la expresión de una decisión de influir en un determinado estado de cosas desde ese posicionamiento doctrinario.

Se advierte un claro ejemplo de ello cuando la CSJN al declarar en 2004 la inconstitucionalidad de la imposición legal de ciertos topes a la indemnización laborales sostuvo que "[l]a Corte no desconoce, desde luego, que los efectos que produzca la doctrina del presente fallo podrían ser considerados, desde ciertas posiciones o escuelas, como inadecuados a los lineamientos que serían necesarios para el mejoramiento del llamado mercado de trabajo, cuando no del mercado económico en general.

Esta hipotética censura, sin embargo (...) resulta manifiestamente desechable. Puesto que, seguramente de manera involuntaria, omite hacerse cargo de que su eventual consistencia exige ignorar o subvertir (...) el (...) principio de supremacía de la Constitución Nacional (...). Consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige; admitir que sean las "leyes" de dicho mercado el modelo al que deban

ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas “leyes”), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional” .

2. El segundo elemento implica insertar este pensamiento en un contexto, que evidencia el sentido de la política jurisprudencial: el contexto podrá expresarse en su vertiente social, política, cultural, económica... la política jurisprudencial fluirá entonces necesariamente de una confrontación entre una apreciación efectuada por el juez y una determinada situación fáctica.

Tal inserción parece advertirse -para proseguir con ejemplos del ámbito del derecho del trabajo- cuando la CSJN al contextualizar el derecho de protección al trabajador como una manda constitucional “que se ha visto fortalecida y agigantada por la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos” resolvió en el mes de septiembre 2004 la inconstitucionalidad de diversas normas laborales, redefiniendo por esa vía de manera decisiva el marco legal del trabajo en la Argentina.

3. El tercer elemento que da cuerpo a la noción se liga a una necesidad: la necesidad de actuar sobre una interpretación antigua de la ley que a entender del juez “traiciona” una determinada situación social, presumiblemente novedosa: sea cual fuere la doctrina que inspira su política jurisprudencial, el juez intervendrá para armonizar el texto de la ley, y lograr así responder a una situación social que no encuentra una respuesta contundente en la interpretación hasta ese momento vigente de la legislación: “El control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales ya que la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera. Esta regla de hermenéutica no implica destruir las bases del orden interno preestablecido, sino defender la Constitución Nacional”.

4. De los dos anteriores elementos se deriva el carácter eminentemente evolutivo de la noción: como cuarto elemento, la política jurisprudencial -si pretende ser más que una declamación retórica de los jueces sin capacidad de ser operativizada- deberá siempre considerar la emergencia de nuevos contextos y actores sociales, y considerar por ende demandas sociales novedosas como por ejemplo el pedido de pensión de parejas del mismo sexo, la situación jurídica de los concubinos, las consecuencias de la manipulación genética, también los procesos de integración económica y cultural, o los reclamos sectoriales y sociales vinculados a una interpretación amplia de los tratados de derechos humanos...

5. Finalmente, el quinto elemento se expresa a través de la elaboración de una política de difusión de la tarea del juez para que sea difundida la política jurisprudencial: la simplificación y la accesibilidad de las decisiones debe permitir expresar esa política y hacerla conocida por la ciudadanía, tal como se desarrollará en el punto II.C. “Innovaciones en ejercicio de las atribuciones administrativas y reglamentarias de la CSJN”.

B. Distinción conceptual: la política jurisprudencial no es jurisprudencia, ni política judicial

La política jurisprudencial pretende estar en el fundamento de la jurisprudencia: la política jurisprudencial aparecerá entonces como la línea inspiradora de la decisión del juez. En los términos de los autores que definen la noción, pretende ser “el sople que guía la jurisprudencia”.

Tampoco debiera confundirse el concepto con el de política judicial; aunque ambos conceptos en parte se superponen, pueden distinguirse. Primero, por el sujeto encargado de elaborarlas: mientras que la política jurisprudencial pretende ser patrimonio del poder judicial —y más centralmente de la CSJN, su cabeza, como intérprete final de la ley— la política judicial es diseñada por el poder ejecutivo, y por ello refleja la decisión del poder político. Segundo, porque la idea de política judicial participa de algunas, pero no incluye a todas las finalidades de la política jurisprudencial: la política judicial pareciera más bien remitir a aquellas medidas estatales que buscan imprimir celeridad y eficiencia al trámite de los juicios, y a los procesos de decisión judicial. En suma, se pretende delinear una noción más amplia que

las dos mencionadas: la política jurisprudencial será más que la política judicial, y será fundamento de la jurisprudencia.

C. La política jurisprudencial frente a la división de poderes

Lógicamente, delimitar una política jurisprudencial implica tomar partido, hacer una elección por parte del juez. Por ello, es propio de la política jurisprudencial imponer una vía que podrá ser compartida y seguida, pero que también podrá ser criticada y tal vez resistida: los jueces de distinta jurisdicción, los legisladores, los académicos, las asociaciones, los grupos de interés, y los mismos ciudadanos serán los destinatarios de la política jurisprudencial, y por tanto los interlocutores de la CSJN. En este entendimiento, la política jurisprudencial da el tono del diálogo entre ese tribunal y los ciudadanos. Se puede admitir entonces que hay en toda política jurisprudencial una interacción idéntica a la que provocan las decisiones del poder ejecutivo o del legislativo con la ciudadanía.

Desde una visión teórica de la división de poderes, la dificultad de esta afirmación aparece sin matices: (La elección de una política jurisprudencial no debería entonces ser efectuada por el legislador? (No debería acaso considerarse que la única política jurisprudencial posible para el juez constitucional es la de interpretar fielmente el texto de la ley, de acuerdo a la intención del legislador? Responder negativamente a estas preguntas, se podría alegar, equivaldría a promover el gobierno de los jueces, en la medida que el desarrollo de su política implicaría para el juez transformarse en un factor autónomo de reglamentación social.

Sin tener la pretensión de responder a tamaños cuestionamientos en la medida en que ello excedería ampliamente las pretensiones de esta presentación —apunto simplemente a plantear los interrogantes— puede intuirse que una respuesta a esta dificultad se encuentra tal vez en el marco de una comprensión de la división de poderes que, en palabras de la CSJN equivalga a reiterar que su misión más importante consiste en interpretar “la Constitución Nacional de modo que el ejercicio de la autoridad se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar el poder de algún orden de gobierno federal en detrimento de otro, o más simplemente del gobierno central en perjuicio de las facultades provinciales”.

De todos modos, frente a los hipotéticos excesos activistas del poder judicial, debe recordarse siempre —con crudo realismo y en la senda del Federalista— que la CSJN no tiene “ni el palo ni la bolsa” frente a los departamentos ejecutivo y legislativo de gobierno: “Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El Ejecutivo no sólo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos”.

II. LAS INNOVACIONES DE LA CSJN A PARTIR DE 2004

A continuación se realizará un repaso que pretende enfatizar algunas innovaciones tanto jurisprudenciales como reglamentarias que podrían ser consideradas para evaluar el contenido de la política jurisprudencial de la Corte Suprema a partir de 2004.

A. Innovaciones jurisprudenciales que apuntarían a fortalecer la CSJN como tribunal de excepción, acotando las vías procesales de acceso a su jurisdicción

1. La Ley 48 sancionada por el Congreso nacional en 1863 estableció un recurso de apelación ante la Corte Suprema, cuyo desarrollo fue evolucionando a través de la práctica judicial y la legislación posterior bajo la denominación de “recurso extraordinario federal”.

En 2005, la Corte Suprema resolvió el precedente Casal en el que fijó la regla acerca de la extensión con que la Cámara Nacional de Casación Penal debía ejercer su competencia, considerando que aquélla no podía limitarse a las “cuestiones de derecho”, sino que debía realizar una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que fuera posible. Nótese que al rediseñar la intervención que le correspondía a la mencionada cámara, cuyas sentencias pueden ser apeladas ante la CSJN, este

tribunal redefinió su propio rol en la instancia extraordinaria, intentando acotar la cantidad de causas que llegan a sus estrados para ser revisadas.

2. La reafirmación de la misión institucional de la CSJN como tribunal de excepción, mediante la declaración de inconstitucionalidad del recurso ordinario previsional: en 1995, la denominada “Ley de Solidaridad Provisional” instituyó un recurso ordinario de apelación ante la CSJN contra las sentencias que dictase la Cámara Federal de la Seguridad Social relacionadas con la incorrecta liquidación de haberes jubilatorios(13).

En 2005, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de dicha disposición normativa en la causa Itzcovich, considerando que el recurso ordinario allí creado “... había tenido como consecuencia una gran expansión en el ámbito de competencia de la Corte, tanto en el aspecto cuantitativo como en la diversidad de temas fácticos y jurídicos que ha debido abordar, con la consiguiente alteración del rol que venía cumpliendo como intérprete final de la Constitución Nacional para adaptar su funcionamiento, cada vez en mayor medida, al de un tribunal de instancia común”.

3. Los nuevos contornos de la competencia originaria: empezamos por mencionar que la CSJN ejerce su competencia originaria y exclusivamente en los casos enumerados en el artículo 117 de la CN.

Siguiendo el texto constitucional, el profesor Germán J. Bidart Campos enseña que se trata de una competencia que depende únicamente de las “personas” a las que concierne la causa, agregando que —por ser una norma inmediatamente operativa de la Constitución Nacional— no podría ser ampliada o restringida ni por el Congreso nacional, ni por la propia CSJN.

No obstante, la legislación infraconstitucional y la jurisprudencia de la CSJN, desde antaño, no sólo han ampliado el catálogo de personas aforadas, sino que además, han hecho jugar a la “materia civil” en diversos casos extendiendo la competencia originaria y exclusiva allí dispuesta.

En 2006, al fallar la causa Barreto, la CSJN decidió abandonar la “generalizada calificación” que hasta ese momento venía admitiendo en su jurisprudencia y definir “un nuevo concepto de causa civil” a los efectos de determinar la competencia originaria del tribunal, limitándolo a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, dejando expresamente fuera de dicho concepto a las causas que se relacionan con daños causados por el incumplimiento de parte de un Estado provincial de las atribuciones provenientes del ejercicio del poder de policía que le corresponde.

B. Innovaciones jurisprudenciales indicativas de las cuestiones en las que la CSJN tiene interés en expedirse: la idea de trascendencia institucional

1. La jerarquización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de la CSJN: los tratados de derechos humanos han adquirido un rango especial dentro de la pirámide normativa argentina, ya que los que se encuentran expresamente detallados en el inciso 22 del artículo 75 poseen la misma jerarquía que la Constitución Nacional, conformando un bloque de constitucionalidad federal. En ese marco, el respeto de los estándares internacionales parece ser una pauta básica para la CSJN, que remarca la importancia de la jurisprudencia de los organismos de protección de los derechos humanos, especialmente la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en sus decisiones jurisdiccionales, como a través de sus opiniones consultivas, en numerosos precedentes y en diversas materias:

“Estos parámetros internacionales han sido especialmente tenidos en cuenta por esta Corte al dictar diferentes pronunciamientos, así en cuestiones tales como las condiciones carcelarias mínimas aceptables (“Verbitsky” Fallos: 328:1146); a la revisión del fallo condenatorio en causas penales (“Casal” Fallos: 328:3399); derecho de los menores en conflicto con la ley penal (“Maldonado” Fallos: 328:4343); el debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias (“Tufano” Fallos: 328:4832); alcance de la garantía de imparcialidad (“Quiroga” Fallos: 327:5863, “Llerena” y “Dieser” Fallos: 328:1491 y 329:3034, respectivamente); defensa en juicio (“Benitez” y “Noriega” Fallos: 329:5556 y 330:3526, respectivamente); derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (“Barra” Fallos: 327:327); precisiones sobre el concepto de peligrosidad (“Gramajo” Fallos: 329:3680); derecho de las víctimas (“Santillán” Fallos: 321:2021); y fundamentalmente, todo lo vinculado a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos (“Arancibia Clavel” Fallos: 327:3312; “Simón” Fallos: 328:2056 y “Mazzeo” Fallos: 330:3248)”.

2. Hacia la operatividad de la cláusula ambiental de la Constitución Nacional mediante el tratamiento de mega causas ambientales: vale detenerse sobre la causa Mendoza Beatriz sobre recomposición y saneamiento del Río Matanza Riachuelo (CMR), pues constituye un hito en la jurisprudencia de la

CSJN por dos razones: por un lado, porque apunta a consolidar un derecho de la tercera generación aparecido en el texto constitucional de 1994 como lo es el derecho a un ambiente sano y apto para el desarrollo humano; por el otro, porque constituye un claro ejemplo de sentencia controversial desde el punto de vista de la división clásica de poderes.

Los hechos que dan origen a la demanda son sintéticamente los siguientes: la cuenca del CMR — que comprende una superficie aproximada de 2,240 km en la que se encuentran radicados alrededor de 3.500.000 de habitantes— es un área altamente urbanizada e industrializada que recibe grandes aportes de contaminantes, al punto tal que es una de las áreas más contaminadas del mundo, generando graves riesgos ambientales y sanitarios.

En este contexto, invocando derechos propios, y algunos de ellos también en representación de sus hijos menores, se presentaron ante la instancia originaria de la CSJN diecisiete personas que viven o trabajan en la cuenca del CMR, promoviendo demanda contra el Estado nacional, la Provincia de Buenos Aires, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas que llevan a cabo actividades comerciales o industriales, por los daños y perjuicios que, según sostienen, se les habría ocasionado; acumulan a dicha acción la pretensión de que se condene a los demandados a dar término y recomponer el pasivo ambiental que denuncian.

Tras una serie de audiencias públicas que tuvieron lugar en la sede de la CSJN, el gobierno federal informó sobre la creación de un organismo cuyo función principal sería coordinar el saneamiento, y presentar un plan para llevarlo a cabo: la “Autoridad de cuenca Matanza Riachuelo” (ACUMAR) como ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional.

En julio de 2008, frente a la intimación que cursó el tribunal al poder ejecutivo, ese organismo presentó ante la CSJN, un proyecto de saneamiento básico de la cuenca a través de redes cloacales, planes habitacionales, plantas de tratamiento, erradicación de los basurales y limpieza de los espejos de agua; de implementación de mecanismos de control sistemático por parte de la ACUMAR sobre la operación industrial por el cual las empresas deberían iniciar un proceso de producción limpia y distribuir un reporte trimestral sobre el impacto de su actividad en el Riachuelo.

La CSJN aprobó el plan, e inició un proceso atípico de ejecución de una mega sentencia ambiental de saneamiento, en el que controla la forma en que el poder administrador cumple con sus funciones:

“la sentencia dictada es declarativa de la existencia del derecho ambiental en crisis, contiene un mandato de condena, que impone en cabeza de la ACUMAR y Estado Nacional y de la Cuenca, el cumplimiento de prestaciones (de dar, hacer o no hacer), y crea, por ello, a favor del titular del derecho la acción tendiente a obtener su ejecución coactiva”.

3. La protección de los derechos de incidencia colectiva: en 2009 la CSJN dictó el trascendente fallo Halabi en el que dio importantes definiciones en materia de legitimación procesal colectiva: sostuvo que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del artículo 43 una tercera categoría de derechos, conformada por aquellos de incidencia colectiva entre los que cabe contar, en principio, derechos pluri individuales derivados de afectaciones al ambiente, la competencia, y los derechos de usuarios y consumidores.

C. Innovaciones en ejercicio de las atribuciones administrativas y reglamentarias en el periodo 2004-11: menos expedientes, más difusión de la tarea judicial

1. Puesta en vigencia de un reglamento de presentación de escritos ante la instancia extraordinaria de la CSJN: el tribunal —en uso de sus facultades reglamentarias— decidió sancionar mediante la Acordada 4/07 un ordenamiento con el objeto de catalogar los diversos requisitos que, con arreglo a reiterados y conocidos precedentes del mismo tribunal, hacen a la admisibilidad formal de los escritos mediante los cuales se interponen el recurso extraordinario.

En la práctica, estas reglas —cuyo incumplimiento implica el rechazo in limine del recurso interpuesto ante el tribunal— han reducido fuertemente el caudal de casos en que la CSJN se expide. De tal manera, esta restricción formal deja entrever la decisión de la CSJN de reservar su actuación a cuestiones federales que se encuentran seria y sólidamente planteadas.

2. El régimen de audiencias públicas como instrumento de difusión de la tarea de la CSJN en asuntos que define como “trascendentes”: mediante la Acordada 30/2007, la CSJN estableció un novedoso régimen de audiencias públicas para las causas que tramitan ante ella. Se prevén audiencias informativas (cuyo objeto es escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso a decidir); conciliatorias (con el fin de instar a las partes en la búsqueda de soluciones no adversariales); y ordenatorias (para tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa).

En lo que concierne a la instauración de este sistema la CSJN ha tenido en consideración, además, que la participación ciudadana en actos de esa naturaleza y la difusión pública del modo “en que el Alto Tribunal conoce de los asuntos en que, con carácter primordial ha de ejercer la jurisdicción más eminente que le confiere la Constitución Nacional, permitiría poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que allí se realiza”.

3. Otras innovaciones: cabe citar además la creación de la Unidad de Asistencia y Seguimiento de las causas penales en las que se investiga la desaparición forzada de personas ocurrida antes del 10 de diciembre de 1983, la creación de la Oficina de Fortalecimiento Institucional, así como la suscripción de diversos convenios de colaboración con organismos públicos e instituciones educativas. Puede también recordarse que la CSJN autorizó en determinadas causas que define como de trascendencia institucional, la intervención como Amigos del Tribunal (*Amicus Curiae*) de terceros ajenos a las partes “que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto”.

4. Finalmente, la actividad desplegada por la CSJN en el ámbito comunicacional también debe ser atendida: la puesta en marcha del Centro de Información Judicial (CIJ) que constituye un portal de noticias —cotidianamente actualizado— accesible a la ciudadanía a través de la red de Internet, mientras que la publicación por parte de la Secretaría de Jurisprudencia del tribunal de cuadernillos temáticos traducen la inquietud por difundir el contenido de las sentencias dictadas por la CSJN.

III. APLICACIÓN DE LA NOCIÓN

(Cual sería el contenido de la política jurisprudencial que podría surgir de las diversas decisiones reseñadas? En principio, el método de construcción más decisivo de una política jurisprudencial pareciera ser la creación pretoriana.

1. En la tradición de los precedentes *Siri* y *Kot*, la CSJN ha dado recientemente un contundente ejemplo de interpretación creadora en la causa *Halabi*, esbozando las características fundacionales de una acción colectiva.

2. Cuando declaró la inconstitucionalidad de la apelación ordinaria provisional (*Itzcovich*), el tribunal apuntó indudablemente a mejorar la eficiencia al reducir el caudal de causas, a la vez que procuró reafirmar su rol constitucional reservado a cuestiones de interés institucional; también procuró velar por el respeto de los derechos subjetivos, pues dicho recurso ordinario provocaba —en la generalidad de los casos— una irrazonable demora para la percepción de los haberes jubilatorios correspondientes.

3. Esa misma inquietud emerge de *Casal*: la CSJN garantizó acabadamente el derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria, pero procuró indirectamente resguardar su propia intervención al ampliar la posibilidad de que las causas penales fueran debidamente resueltas en la justicia ordinaria.

4. Similar observación puede realizarse respecto de la redefinición de los casos en que interviene como tribunal de competencia originaria: emerge la pretensión del tribunal de centrar su intervención en cuestiones institucionales directa y fundamentalmente vinculadas al derecho federal, procurando que aquellas cuestiones que no revistan tal naturaleza sean evacuadas en las instancias provinciales.

5. Respecto de los reglamentos de interposición del recurso extraordinario y de queja, el régimen de audiencias públicas, la posibilidad de presentar escritos de *Amicus Curiae*, y otras reglas que, en cierto modo, “codifican” en algunos casos, y amplían en otros diversos aspectos de la tarea de la CSJN: dejan entrever una clara preocupación por parte del tribunal en el sentido de conferir una adecuada tutela al derecho al acceso a la jurisdicción y de debido proceso. La política jurisprudencial pretendería

en esos casos representar los valores de seguridad jurídica, previsibilidad, unidad y permanencia de la labor de un tribunal.

6. Finalmente, el fallo Mendoza Beatriz se inscribe —y en cierta medida, resulta paradigmático— en esta etapa caracterizada por la firme decisión de la CSJN de concentrar su actuación en el ejercicio del alto rol institucional que la Constitución Nacional le encarga: el dictado de este fallo se produjo tras un largo proceso (de más de dos años) de interacción entre el tribunal y el poder ejecutivo: ello demuestra que, de existir, la política jurisprudencial de esta CSJN no parece implicar que —necesariamente— deba generarse conflicto entre el poder administrador y el poder juzgador.

En esencia, la noción de política jurisprudencial implica admitir que el juez tiene vocación de buscar los efectos sociales de sus decisiones: esto es, que pretende influir en el cuerpo social. Ello lógicamente implica que pretende crear y poner en funcionamiento los instrumentos para materializar su influencia. En este entendimiento, la política jurisprudencial constituye un elemento inmejorable para el diálogo de los poderes, porque puede reforzar, extender, o simplemente inspirar a la política legislativa; y, tal vez principalmente, colaborar a la ejecución de una determinada política pública, como lo demuestra la sentencia que aprobó el plan de saneamiento de la Cuenca Matanza Riachuelo presentado por el Poder Ejecutivo.

La CSJN parece así encaminada a dirigir sus esfuerzos hacia dos objetivos bien determinados, que no siempre han sido suficientemente contabilizados en la historia del tribunal: por un lado, garantizar su eficiencia procurando reservar su intervención en asunto de trascendencia institucional en cuanto cabeza de uno de los departamentos del gobierno federal; y, por el otro, garantizar los derechos individuales velando por el afianzamiento de la justicia en cuanto tribunal de garantías constitucionales. Se trataría, en suma, de encontrar un equilibrio que atienda a su condición de tribunal y poder.

Sin duda, la noción que en este trabajo se ha esbozado remite a —y participa de— una idea más amplia, rica, y de amplio debate en el derecho constitucional desde que Robert Dahl publicó su fundacional contribución en la materia: la idea que en el proceso democrático de toma de decisiones, una corte constitucional puede inscribirse como institución creadora de políticas públicas.

Más acotadamente, la limitada pretensión del presente fue bucear la noción de política jurisprudencial a partir de las reformas introducidas al derecho procesal constitucional (en un sentido amplio) por la CSJN a partir de 2004.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.sajj.jus.gov.ar

Fecha: 7 DE SETIEMBRE DE 2011

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 43, Constitución Nacional Art. 75, Constitución Nacional Art. 117, LEY 48

Ref. Jurisprudenciales: "Itzcovich, Mabel c. ANSeS s/ reajustes varios", CSJN, 29/3/2005, "Halabi, Ernesto c. P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986", CSJN, 24/2/2009, "Siri, Angel", CSJN, 27/12/ 1957

La regulación de las empresas de medicina prepaga

SILVA, CRISTINA ISABEL

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 23 DE AGOSTO DE 2011

SUMARIO

MEDICINA PREPAGA-SALUD PÚBLICA-POLÍTICAS SOCIALES-PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO-DERECHO A LA SALUD-CONTRATO DE PRESTACIONES MÉDICAS-CONTRATOS DE ADHESIÓN-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-DEBER DE INFORMACIÓN-PLANES DE COBERTURA MÉDICA-PERÍODO DE CARENCIA

I- INTRODUCCIÓN

Recientemente se sancionó en nuestro país la Ley nro. 26.682 cuyo objetivo es regular la actividad de las Empresas de Medicina Prepaga, constituyendo un importante avance en la materia que durante años se encontraba frenado debido a un fuerte lobby empresario. El argumento central que se basaban los oponentes era acerca de la falta de claridad y de reglas transparentes para el funcionamiento del sector privado de salud. Además, estas compañías argumentaban que de sancionarse el nuevo marco regulatorio muchas de estas empresas irían irremediablemente a la quiebra. Con posterioridad a la sanción de la Ley, el Poder Ejecutivo la promulgó a través del decreto 588/2011.

El sistema vigente que la ley consolida implica una segmentación de los usuarios basada en los niveles de ingresos, posición social y laboral, así como la consecuente capacidad de pago. Tal vez la discusión de esta ley habría sido una excelente ocasión para sancionar una ley nacional de salud que en un enfoque superador, coordine a través de la acción pública el accionar de los distintos sectores de proveedores y asegure la nivelación del acceso a la salud. Lo concreto es una ley específica para el sector, que esencialmente cubre el sistema de medicina prepaga, cuyos destinatarios al momento alcanzan en todo el país a un número de aproximadamente 4.500.000 personas, cuya regulación será el objeto de este comentario. El marco regulatorio se integra con la mencionada normativa de base constitucional, así como con las leyes 24.240, 24.754, 25.156, 24.901 y 25.649 y en los casos comprendidos por los planes de adhesión voluntaria y superadores o complementarios por mayores servicios de los agentes del Seguro de Salud (SSS), por las leyes 23.660, 23.661 y sus reglamentaciones.

La nueva norma contiene el espíritu de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que resolvió que “la actividad que asumen las entidades de medicina prepaga si bien presenta rasgos mercantiles, ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, por lo que adquieren un cúmulo de compromisos que exceden o trascienden el mero plano negocial, asumiendo un compromiso social”.

En ese orden de ideas se ha entendido al derecho a la salud como especie del género derechos sociales, ajustándose a todo el sistema jurídico argentino, que garantiza este derecho a todos los habitantes. En ese sentido al artículo 42 de la Constitución Nacional, y en especial a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 12 define el derecho a la salud como “el derecho que toda persona tiene al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

II- ALGUNOS SOBRESALIENTES DE LA LEY

A los efectos de la normativa se consideran Empresas de Medicina Prepaga, toda persona física o jurídica, cualquiera sea la figura jurídica y/o denominación que adopten cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, sea por contratación individual o corporativa.

En el primer artículo de la Ley se aclara que se hallan excluidas las cooperativas y mutuales, las asociaciones civiles, las fundaciones y las obras sociales sindicales.

El nuevo cuerpo legal en su artículo 16 establece expresamente que la entrada en vigencia de la normativa “no puede generar ningún tipo de menoscabo a la situación de los usuarios con contratos vigentes”.

Además, se establece que los contratos no pueden contener períodos de carencia o espera para todas aquellas prestaciones que se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio. En lo que aquí interesa, definimos a éste lapso, como el tiempo que debe transcurrir desde el momento de la afiliación hasta el momento en el que el afiliado puede recibir una prestación determinada.

Además, la Ley 26.682 dispone que otras modalidades prestacionales y los tiempos previstos en el contrato como “período de carencia” deben estar suficientemente explicitados en el contrato y aprobados por la Autoridad de Aplicación, que será el Ministerio de Salud. Respecto a las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y nunca pueden ser criterio del rechazo de admisión de los beneficiarios.

En ese sentido, con la nueva legislación se obliga a las Empresas de Medicina Prepaga a suministrar al usuario en forma cierta y pormenorizada toda la información de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes o servicios que se provee y las condiciones del contrato.

Cabe mencionar que con anterioridad a la sanción de la nueva normativa, en reiterados fallos la justicia sostuvo que las empresas de medicina prepaga debían informar debidamente y además cubrir las prestaciones mínimas obligatorias sin dilación. En análogo sentido, la jurisprudencia resolvió que aun cuando el régimen de la prepaga tenía carácter contractual, no se podía prescindir de la función social del contrato de medicina prepaga, ello así, en virtud de los bienes en juego, como son los relacionados con la salud y la vida de las personas, protegidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Asimismo, se establece que los sujetos comprendidos en la ley deben cubrir como mínimo en sus planes de cobertura médica asistencial el Programa Médico Obligatorio (PMO) y el “Sistema de Prestaciones Básicas para personas con discapacidad” previsto por la ley 24.901 y sus modificatorias. Ello significa que nada impide que se convenga una prestación adicional a las enunciadas en el PMO. El artículo 7º de la ley dispone que los sujetos comprendidos en el artículo 1º sólo pueden ofrecer planes de coberturas parciales en: a) Servicios odontológicos exclusivamente ;b) Servicios de emergencias médicas y traslados sanitarios de personas; c) Aquellos que desarrollen su actividad en una única y determinada localidad, con un padrón de usuarios inferior a cinco mil.

En cuanto a la aceptación como usuario, la Ley 26.682 establece que la edad no puede ser tenida en cuenta como criterio de rechazo de admisión. Respecto a las personas mayores de 65 años expresamente se dispone que será la Autoridad de Aplicación la que defina los porcentajes de aumento de costos según riesgo para los distintos rangos etarios; explicitando que el usuario mayor de sesenta y cinco años y, que además tenga una antigüedad mayor a diez años en uno de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley no se les aplicará el aumento en razón de su edad.

Por otra parte, y a los efectos de la normativa se entiende por grupo familiar primario el integrado por el cónyuge del afiliado titular, los hijos solteros hasta los veintiún años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional, comercial o laboral, los hijos solteros mayores de veintiún años y hasta los veinticinco años inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de veintiún años, los hijos del cónyuge, los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa y la persona que conviva con el afiliado titular en unión de hecho, sea o no de distinto sexo y sus hijos.

Otro de los puntos referidos al vínculo contractual y a la familia se refiere a la muerte del titular disponiéndose que en ningún caso implicará la caducidad de los derechos de su grupo familiar.

III- CONCLUSIONES:

Nadie discute que el Estado debe trabajar fuertemente para garantizar salud, educación y seguridad a todos los habitantes, debiendo ser este compromiso estatal y social. Todos en alguna ocasión hemos estado enfermos, y sabemos que podemos estarlo nuevamente. Esta certeza nos hace valorar a la salud como una de las necesidades fundamentales del ser humano.

La política social no debe ser confundida con el voluntarismo político. La verdadera política social es aquella que férreamente crea fuentes de empleo genuinas. Pero además, trabaja para que el Estado reduzca las condiciones de vulnerabilidad que hoy sufren grandes sectores de nuestra sociedad, basado en el esfuerzo y el trabajo de todos los ciudadanos. Argentina, en el pasado fue pionera en Latinoamérica en temas de Salud Pública. Establecimientos sanitarios modelos, profesionales de excelencia, universidades públicas de prestigio, campañas de prevención y vacunación exitosas que en conjunto nos llevaron a altos estándares de salud. Hoy, parecería que esto es sólo un buen recuerdo.

En este momento en el país tenemos una triple vía para cuidar la salud de los habitantes a) Hospitales Públicos -salud pública- b) Obras Sociales Sindicales y c) Empresas de Medicina Prepaga. Las tres vías deficientes y colapsadas. Hospitales y clínicas en mal estado de conservación, dispensarios municipales desprovistos de elementos esenciales, profesionales de la salud mal pagos, sin capacitación integral y sin seguridad laboral, falencias en la distribución de los remedios, mafias de medicamentos, etc.

Basta que cada uno recuerde algún incidente con un familiar enfermo para traer a la memoria todos los padecimientos sufridos, no sólo en temas estrictamente médicos sino para lograr hacer efectivos reclamos de índole administrativo, encontrar una plaza —cama—, hallar un medicamento, o lograr hacer efectivo un programa de rehabilitación.

La realidad es que los abusos de las empresas de medicina prepaga han ocasionado miles y miles de reclamos ante la vía administrativa y/o judicial que derivaron en el planteo de esta nueva normativa. La Ley claramente les restringirá las ganancias que venían teniendo estas corporaciones, pero sin lugar a dudas, con responsabilidad y el compromiso de todos los sectores la nueva legislación no debería afectar a las “prepagas”, a tal punto de que ellas “no puedan cumplir con sus prestaciones”.

La sanción de la Ley 26.682 importa un gran avance en el reconocimiento del derecho a la salud en su entera dimensión. El espíritu de la ley es concordante con vastos precedentes jurisprudenciales y es coherente con el valor que éste derecho tiene en todo nuestro ordenamiento jurídico. Así lo entendemos, toda vez que, el prestador del servicio de medicina prepaga, provee de un servicio regulado por la Ley de Defensa del Consumidor que debe suministrarlo de acuerdo a la buena fe, privilegiando los derechos garantizados constitucionalmente a los usuarios, por sobre la obtención de beneficios económicos.

Son horas de debate, es necesario que todos nos involucremos en el área de la salud pública, el Estado debe asumir un rol articulador y regulador sumando los esfuerzos de los sectores públicos nacionales, provinciales y municipales; privados y de obras sociales, orientado a fortificar las acciones que posibiliten generar accesibilidad a las prestaciones médicas y a los medicamentos para toda la población. Es importante buscar un equilibrio evitando que el sistema de empresas de medicina prepaga se torne inviable desde el punto de vista económico.

El objetivo central de ahora en más, debería estar localizado en concretar un Sistema Nacional de Salud Integral que consolide una red en la que el hospital público sea un eje referencial y en conjunto con los centros de salud privados se avance en la tarea de prevención de la salud de todos los habitantes.

En ese orden de ideas, y como lo hemos expuesto creemos que con esta nueva normativa se recogen los conceptos de la doctrina nacional y los fallos del Alto Tribunal que han señalado que el contrato que

vincula a la empresa y al adherente-cliente-usuario, si bien tiene una condición mercantil que implica una finalidad lucrativa, ello no obsta a que por la índole de la actividad que desarrollan las prepagas se encuentre estrechamente ligada a la vida, a la salud y a la integridad psicofísica de grandes sectores de la población, cumpliendo una función social que excede los aspectos puramente mercantiles.

Es necesario que el tema sea encarado sin demagogia, con criterios realistas y, sin olvidar que inversión y adecuada administración de los recursos públicos son fundamentales para que toda la población tenga, a través de ellos, la atención médica y los medicamentos, la educación y la seguridad que necesita. Su ausencia o ineficiencia no debería obligar a los ciudadanos a usar los servicios privados o, a marginarlos al punto de no tener ninguno. Nadie duda que salud, educación y seguridad privada pueden ser planteadas como alternativas, pero ellas no deben ocasionar el desequilibrio de lo público ni llegar a los abusos que hoy por hoy miles de ciudadanos padecen.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 23 DE AGOSTO DE 2011

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 23.660, Ley 23.661, Ley 24.240, Ley 24.754, Ley 24.901, LEY 25156, LEY 25649, LEY 26.682, LEY 26.682 Art. 7, LEY 26.682 Art. 16, Ley 23.313 Art. 12

Defensa del Consumidor Inmobiliario y el Fideicomiso. A propósito del Daño Punitivo

CHIALVO, PEDRO TOMÁS

Publicación: www.sajj.jus.gov.ar, 8 DE AGOSTO DE 2011

SUMARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR-FIDEICOMISO INMOBILIARIO-RELACION DE CONSUMO-USUARIOS Y CONSUMIDORES-PROVEEDOR-DAÑO PUNITIVO-DAÑO AMBIENTAL

1.- INTROITO. JUSTIFICACIÓN

Varias son las aristas que resultan comprendidas en esta ley; tan vasto campo de aplicación resultara difícilmente abarcado por este trabajo, el cual al menos tratara de abordar el esquema elemental que plantea la nueva ley del consumidor —26.361—; el particular tópico —daños punitivos— figura extraña a nuestro sistema de responsabilidad civil, netamente resarcitorio, esto es el “daño punitivo”.

Ese marco normativo creo que resulta de gran importancia contrastado con la interpretación y aplicación de otros institutos del derecho, como es en este caso el fideicomiso inmobiliario, sobre el cual haré una breve referencia de cómo impactan las disposiciones de esta ley consumerista y de sus nuevos institutos que esta legislo —daño punitivo— .

2.- CONSUMO Y FIDEICOMISO INMOBILIARIO

I.- La regulación en nuestro derecho.

La ley del consumidor, vino a reforzar la existencia y pervivencia de una verdadera relación sinalagmática, es decir, trata de alguna manera de reforzar a la parte débil de la contratación — consumidor—, frente a la otra parte preponderante de la relación contractual —proveedor—, ya que el derecho Privado contemporáneo se encuentra profundamente afectado por los cambios económicos-sociales signados por la masificación, la tecnología y la globalización, contexto en el cual se inserta esta figura que contiene elementos de la tecnología, la masificación que responde a nuevas necesidades negociales y culturales como es el “fideicomiso inmobiliario”.

López de Zabala, caracterizaba la realidad contractual, —hoy puesta en crisis debido a la deficiencia de principios como la plena autonomía de la voluntad, la libertad plena de autodeterminación de las partes etc.— como regida por los principios de la libertad de conclusión y de configuración del negocio jurídico. El primero de ellos consiste en la “posibilidad ofrecida a cada persona de contratar o no contratar y, en caso de contratar, de elegir con quien contrata y el segundo refiere a “la posibilidad de determinar el contenido contractual. Tales nociones surgen de la esencia del derecho contractual plasmado en los art. 1197 y 1198 del Código Civil.

Sucumben tales principios y dan lugar a este nuevo orden tuitivo del consumidor, donde podemos decir que frente a lo individual prevalece lo social. Reflexiona al respecto Iturraspe diciendo que “de las banderas de la Revolución Francesa poco o nada queda: la libertad ha pasado a ser un privilegio de los fuertes, poderosos o económicamente satisfechos, los débiles o vulnerables no gozan de ella, la igualdad solo aparece en la teoría, la Sociedad actual es de los desiguales,al mercado concurren expertos en la comercialización, profesionales, en esta y personas que todo lo desconocen y que se ven empujadas por la insatisfacción...priva la imposición de los que tienen mayor poder de negociación.

Como caracteriza Farina, a este nuevo régimen surgido frente a lo que denomina “relaciones jurídicas emergentes de las contrataciones mercantiles en las que una parte es (comúnmente) una empresa que impone sus condiciones generales de contratación (parte dominante) y la otra es el cliente aislado (parte débil), que se ve sometido a las cláusulas predispuestas por el primero, lo que podría suceder”.

Por ello este régimen —defensa del consumidor— protectorio de la parte mas débil o vulnerable de la relación jurídica, se instituye en un orden tuitivo que algunos han dado a llamar “microsistema”, y que surge frente a la crisis o decadencia del contrato tradicional, siendo el estado quien a través de la

legislación, de los órganos pertinente, y además de los jueces, quien debe equilibrar esa relación jurídica estableciendo un orden jurídico que atribuya ventajas a la parte débil y cargas a la parte mas fuerte del contrato. Así la obligatoriedad de lo acordado quedara condicionada a que en el negocio se haya guardado el equilibrio sin aprovechamiento de la situación de las partes, caso contrario el mismo será ineficaz.

II.- La relación de consumo:

En primer orden debemos dejar aclarado, que con las reformas introducidas por la ley 26.361 a la ley 24.240, se ha buscado en consonancia con lo establecido en el art. 42 de la Constitución Nacional — que incorpora la protección al consumidor— extender el ámbito de aplicación de la ley que esta ley de consumo. Protege de esta forma no solo a quienes contraten, sino a toda la relación de consumo, entendida ahora como vinculo jurídico entre consumidor y proveedor, que podrá tener principalmente como fuentes a la voluntad unilateral, al acto ilícito y al contrato —pudiendo ser este último oneroso o gratuito— en la medida que tenga como propósito -mediato o inmediato- una relación de consumo.

Aclaración de por medio, primeramente veremos una caracterización genérica del usuario-consumidor, y proveedor para luego analizar el objeto de la relación de consumo.

Luego de ello podremos efectuar algunas consideraciones referentes a la aplicación de esta ley —en particular de la figura del daño punitivo que incorpora— a la figura que aquí tratamos de esclarecer, esto es el “fideicomiso inmobiliario”.

II.1.- Elemento subjetivo

La ley distingue en sus primeros artículos, a dos figuras o roles o posiciones contractuales que deben asumir las partes a fin de que le sea alcanzada la relación de consumo, una la del consumidor y otra la del proveedor.

A fin de ceñir el ámbito de aplicación al que pretendemos enderezar su estudio —esto es al fideicomiso como contrato—, la pregunta a responder podríamos formularla de la siguiente manera (alcanza, este régimen de consumo al fiduciario, beneficiario y fiduciante inmobiliario?)

a.- Usuario- Consumidor- o (adquirente del inmueble FIDUCIANTE-BENEFICIARIO).

A esta parte o esta posición generalmente será ocupada por el adquirente del bien inmueble en un fideicomiso inmobiliario, es decir quien en definitiva adquiere el rol de fiduciante adherente o beneficiario.

El art. 1 de la ley de Defensa del Consumidor caracteriza al consumidor como 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...”.

Lo que caracteriza a esta figura “consumidor” mas allá del objeto —que se modifico el término “contrata” por adquisición o utilización de bienes...etc, que será luego brevemente determinado—, requiere que sea “destinatario final de los bienes”, esto significa que el producto o servicio que adquiere o utiliza, es retirado del mercado, no volviéndolo a reinsertar en él mediante su incorporación al nuevo proceso de elaboración de bienes o prestación de servicio(7), de esta inteligencia se desprende que necesariamente requiere no solo sacarlo del mercado, sino que también de manera definitiva lo no ocurriría en caso de utilizarlo como materia prima.

Incorpora igualmente la reforma a ley 24.240. (ley 26.361), un nuevo concepto de consumidor o como correctamente debería ser utilizado de “usuario” esto es quien utiliza bienes o servicios sin ser parte de la relación de consumo, así, le asigna tal carácter a quienes sin ser parte de la relación de consumo, a) como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes y b) a quien de cualquier manera esta expuesto a una relación de consumo. A quien se lo llama consumidor “bystander”(8) (art. 1 ley 24.240).

b.- Proveedor (Constructor, Developer, Desarrollador, comercializador) o FIDUCIARIO.

La ley no se conforma con la existencia de un consumidor para calificar la obligación cuya fuente es un vínculo jurídico en el que exista solo un consumidor, sino que la protección del régimen consumerista se hace efectiva cuando frente al consumidor o usuario existe esta otra persona en el polo pasivo de la obligación denominada “proveedor”. A la misma la ley la califica como aquella 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 o usuarios.

Nuevamente aquí la ley define una cualidad especial, esto es la de desarrollarse manera “profesional”. Resulta importante definir tal concepto, pues por nuestra tradición jurídica es común emparentar la profesionalidad con la habitualidad, tal como se desprende de quienes se dedicaron a estudiar los elementos primarios del derecho Comercial, pero aquí podemos observar que luego de enunciar tal requisito el plexo normativo expresa “...de manera profesional aún ocasionalmente”. Se podría preguntar entonces “(se puede ser profesional aún ocasionalmente?” ante lo que se responde que la Ley de Defensa del Consumidor no pide habitualidad en el proveedor sino conocimiento del negocio, es decir, un grado de “saber” u “oficio” que pone a esa parte en situación de superioridad a la otra, a la hora de celebrar o ejecutar el contrato.

Deja vigente esta ley la exclusión de la categoría de proveedor a los profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí incluye la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

El profesional corredor.

Particular resulta el caso del corredor que interviene como fin de la cadena de comercialización del ese bien, departamento, terreno, del fideicomiso posicionando a los adquirentes como beneficiario o fiduciarios o bien como comercializadores de estos en caso que los mismos adquieran tal bienes para su comercialización. El marco de discusión esta abierto, en principio el corredor en su rol o como titular de la inmobiliaria se encuentra excluido de la aplicación de este régimen tuitivo del consumidor, pero ya se escuchan voces que pretenden que estos se vean alcanzados por la ley con fundamento en que en estos casos, la inmobiliaria es parte del “negocio”, preponderando esa realidad sobre el espíritu de la ley de proteger al profesional matriculado. Así se tiene dicho que actualmente se observa que en algunos casos, la actuación del intermediario -sea o no corredor- se presenta vinculada al emprendimiento —léase fideicomiso— comercial del vendedor o del desarrollador del inmueble a comercializarse, aquí por lo tanto la tarea del corredor excede aquí el rol específico del corretaje y por lo tanto no se encuentra alcanzado por la exclusión de la ley.

Es decir cuando la función del corretaje se ve subsumida en el ámbito empresarial y forma parte de la cadena de comercialización se la incluye en la ley de Defensa del Consumidor.-

Otros han ido al extremo de considerarla siempre a esa tarea en la ley explican que “la realidad negocial del mercado inmobiliario argentino demuestra —en consonancia con la naturaleza mercantil de esta ocupación— que la actividad de intermediación inmobiliaria se organiza bajo la forma de explotación empresarial donde la promoción de sus servicios por medio de la publicidad constituye una herramienta esencial para el ejercicio profesional, y en donde además el corredor reviste —en la mayoría de los casos— la calidad de agente comercial o representante del desarrollista inmobiliario, encargado de la promoción del emprendimiento y del cierre de las operaciones que luego se instrumentan en contratos con cláusulas predispuestas donde el consumidor sólo puede declarar su aceptación sin posibilidad alguna de discutir el contenido del acuerdo. Este particular modo de ejercer el corretaje inmobiliario produce en los hechos un profundo desequilibrio negocial que afecta al consumidor en su condición de parte débil de la relación de consumo y que justifica ampliamente —a nuestro juicio— la aplicación del régimen tutelar del consumidor a las operaciones de intermediación inmobiliaria para garantizar la equivalencia de las prestaciones que emergen de ese vínculo”

En definitiva la sensatez de la postura ecléctica, haría pasible de los términos de la ley de defensa del consumidor, en forma solidaria con el constructor, fiduciario, desarrollista etc. al corredor cuando actúe como proveedor de bienes o servicios inmobiliarios que excedan el marco del corretaje, así también por el contenido de la publicidad del servicio de corretaje inmobiliario al que el consumidor accede (art. 1 ley 24.240 *in fine*) siempre y cuando obviamente hablemos de un corredor matriculado por el colegio profesional respectivo.

En conclusión

Así, entre las figuras que representa al proveedor, encontramos principalmente las de “construcción” y “comercialización”, es decir dos funciones fácilmente asimilables a la figura en análisis. Otras tareas tales como el desarrollador o proyectista, la ley no los incluye expresamente pero cabe resaltar al

respecto que la doctrina siempre fue partidaria de asignarle a las tareas descritas en la ley un carácter meramente enunciativo, es decir que prevalece ante todo la caracterización de profesionalidad de la actuación cualquiera que sea ella y su finalidad, esto es destinada a consumidores o usuarios.

Los sujetos responsables serán entonces quienes construyan o comercialicen viviendas, típicamente, el constructor y el Developer inmobiliario, también lo serán siempre que actúen “en el marco de una actividad empresarial”.

Por último el banco, en el marco de la relación entre la constructora y este, ante la existencia de un contrato de fideicomiso de garantía, los hace responsables a ambos frente al consumidor, ya que no puede mediante lo convenido por las partes perjudicar a los terceros.

II.2.- Elemento objetivo

Luego de efectuar una efímera determinación del concepto de consumidor y proveedor que caracterizan la existencia de la relación de consumo, resta determinar para que esta quede verdaderamente configurada, el objeto sobre la cual puede recaer.

En un primer lugar, y respecto del tema que nos ocupa debemos decir que a diferencia de la redacción anterior de la ley que solo comprendía en su ámbito de aplicación a los inmuebles nuevos destinados a vivienda y los lotes de terreno cuando sean adquiridos al mismo fin, siempre que los mismos se hayan ofertado en forma pública y a persona indeterminada, quedando ahora comprendidas todas las operaciones referentes a la adquisición de inmuebles, ya sean estos nuevos o usados y siendo indiferente el tipo de oferta realizada. La única condición como vimos es que sea quien lo adquiere destinatario final de la misma.

Desaparece también la exigencia de onerosidad del contrato o la relación, alcanzando este nuevo régimen también a todas las operaciones “gratuitas u onerosas”.

Incluye expresamente la ley cuestiones que quizás pudieran haber traído algún tipo de controversias, en el ámbito inmobiliario, así el final del art. 1, señala la ley “Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”. Ello así, desprende que también alcanza a la adquisición de derechos, como resulta del caso del régimen de tiempo compartido —pese a tener una regulación específica, mediante la ley 26.356—. Que la ley no requiere que el destino final sea vivienda, sino tampoco quedaría incluido el caso de una parcela de cementerio privado, como así también el caso de los Clubes de campo que donde pueden fundirse las formas de dominio, condominio o Propiedad horizontal.

Así queda alcanzadas dentro de la órbita del fideicomiso de construcción, el contrato de locación de obra, donde el comitente (fiduciante o fiduciario) puede exigir al contratista la reparación de los daños causados por incumplimiento contractual cuando el edificio presente vicios o defectos constructivos mediante la acción de cumplimiento y, en algunos casos de incumplimiento, la resolución del contrato, o por vicios redhibitorios.

En el ámbito del contrato de compraventa, el adquirente (fiduciante, beneficiario, o 3ro que la adquiera de estos) de una vivienda o de otra propiedad inmueble, ya sea country, barrios cerrados, clubes de campo.

En síntesis en esa relación de consumo el fiduciario responsable de un emprendimiento de construcción inmobiliaria es responsable y en consecuencia debe responder en virtud de las disposiciones de esta ley frente a los compradores (entendiendo que estos pueden asumir la forma de fiduciantes, beneficiarios y terceros compradores, estos últimos en virtud de la responsabilidad solidaria), interpretación que obedece a la circunstancia de que el fiduciario es titular del dominio, si bien con las características fiduciarias (art. 1 y 26 ley 24.441 y art. 2662 y conc. del Código civil). Él es quien contrata con los compradores y en la mayoría de los casos en que se utiliza esta figura, quien dirige o controla el proceso comercial y de construcción, generando la apariencia de confiabilidad basada en su gestión.

En el derecho comparado, un claro ejemplo del avance de ello es artículo 149 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que introducen un régimen de responsabilidad objetiva del constructor y el promotor profesionales por los daños causados por defectos en la vivienda cuando éstos no sean resarcibles conforme a un régimen legal específico(14.)

III. Implicancias y efectos de aplicación de la ley del consumidor

El objeto del presente trabajo exorbita el análisis exhaustivo de todas las consecuencias que provocaría la aplicación de las disposiciones tuitivas del consumidor a las relaciones emergentes del fideicomiso de construcción por lo que solo enumeraré algunas a los efectos de que podamos observar lo amplio y tuitivo de este régimen, a saber

- * Daños punitivos (art. 52 bis), que será objeto de tratamiento en el próximo punto.
- * Interpretación del contrato favorable al consumidor, y en clara desventaja del fiduciario o proveedor (art. 3 LDC), máxime cuando existan dudas (art. 37 LDC)
- * Buena fe y deber de información cierta clara y detallada en el contrato de fideicomiso “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” (art. 4 LDC), pudiendo en tal caso el consumidor demandar la nulidad del contrato “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” (art. 37 LDC)
- * No convenidas cláusulas abusivas perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:
 - a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
 - b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
 - c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (art. 37 LDC)
- * Efecto vinculante de la publicidad “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 (art. 8 LDC)”
- * Oferta al público indeterminado vinculante 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 (art. 7 LDC)
- * Exigencia de Trato digno al consumidor adquirente del bien inmueble (art. 8 bis LDC)
- * Efecto especial de incumplimiento que faculta al consumidor, a su libre elección realizar lo siguiente:
 - a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible;
 - b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente;
 - c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan “(art. 10 bis LDC)
- * Exigencias de completitud del documento de venta (art. 10 LDC)
- * Régimen propio de los vicios redhibitorios (art. 18 LDC), Prescripción (art. 50 LDC)
- * Solidaridad entre proveedor fiduciario y constructora, Developer, director del proyecto etc. —también podemos incluir a la comercializadora inmobiliaria—, y en virtud de ello “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 proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”. (art. 40 LDC)

3.- EL DAÑO PUNITIVO Y SUS IMPLICANCIAS

I.- Generalidades

Primigeniamente la Responsabilidad Civil, que fue concebida como una venganza “venganza”, es tomada por nuestro derecho como de carácter netamente “resarcitoria”, resultando en consecuencia el límite de resarcimiento del daño ocasionado, su “reparación” en los términos del art. 1083 del C.Civil “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior.... “(16)Dice Vélez en la nota al artículo “los jueces no podrán ordenar una reparación del honor...” *reparat do injurios*”.

Tal sistema así delineado, fue ampliado en sus horizontes mediante la incorporación del resarcimiento extra-patrimonial, daño moral (1078 C.C) que no importa no un menoscabo de carácter patrimonial sino “espiritual”. El mismo pese a las disputas doctrinarias que rechazaban el mismo hoy esta aceptado doctrinaria y jurisprudencialmente.

Vemos así, que tales lineamientos lejos están, de la idea de darle al derecho de daños una función preventiva.

En ese contexto se ha incorporado recientemente en la ley de defensa del consumidor este nuevo concepto -que ya se venía siendo motivo de discusión en ámbitos legislativos y doctrinarios - y que importa la reparación de un daño que va más allá de las conocidas esferas patrimonial o extramatrimonial, y se denomina "DAÑO PUNITIVO".

Tal figura, de origen anglosajón y que no se condice con nuestro sistema general de la responsabilidad civil cumple entre otras una función preventiva del daño, lo que no es propio de nuestro derecho privado, salvo algunas excepciones, ej. daño temido. (art.1132). En el derecho comparado se citan como ejemplos de aplicación de esta figura el famoso caso del "Ford Pinto" o del similar "Chevrolet malibu"

Al mismo lo podemos definir como ese "PLUS" de indemnización que excede el que le corresponde por los daños sufridos, en síntesis podríamos clasificar sus finalidades como las de a) Hacer DESAPARECER los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa. B) SANCIONAR al causante del daño intolerante; y c) PREVENIR O EVITAR el acaecimiento de hechos lesivos similares mediante un sistema de sanción que se caracteriza por ser difusa.

La doctrina nacional encabezada por BUSTAMANTE ALSINA ha considerado que los daños punitivos deben encuadrarse dentro de los denominadas "exemplary damages" siendo una indemnización incrementada, reconocida al actor por encima de lo que simplemente le compensaría el daño patrimonial, cuando ese daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa por parte del demandado. Su objeto es compensar al actor por la angustia sufrida, herida en sus sentimientos, vergüenza, degradación u otras consecuencias de la conducta ilícita o también para castigar al demandado por su mala conducta y lograr que se haga un ejemplo del caso, previendo futuras inconductas semejantes ante el temor de la punición.

II.-Su incorporación al derecho argentino.

Como vimos el daño punitivo se incorporó a nuestro derecho a través del art. 49 bis de la ley de defensa del consumidor

Expresamente el texto regula "Daño Punitivo. 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. 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, inciso b) de esta ley."

No pocas críticas ha recibido entre las cuales se encuentra que se trata de una figura más vinculada al derecho penal que al civil, que otorga al juez facultades excesivas que lindan con la arbitrariedad, que puede en algunos aspectos resultar antiempresaria etc. Hasta algunos la han calificado de inconstitucional, dándole un certificado de defunción al mejor estilo del realismo mágico, valorando su aptitud constitucional como la "crónica de una muerte anunciada"

Conforme la redacción del texto el legislador, se puede avizorar que se requiere para su procedencia Ley 24.240 (ref. 26.361)

* Un incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales. De tal redacción provinieron grandes críticas, ya que el legislador conforme la naturaleza de la figura no solicitó un ningún elemento disvalioso en la conducta del proveedor. Sino solo el "incumplimiento".

La forma legislada no se condice con la figura modelo de la cual ha sido tomada. Hemos desarrollado in extenso en este trabajo la conceptualización dada a la figura bajo estudio, con la cual se busca eliminar, por una parte, los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa, y a su vez castigar la actitud desaprensiva y desidiosa para con el afectado. Zavala de González al desarrollar los requisitos de procedencia de la figura establecía que uno de ellos era la "grave antijuridicidad de la actividad dañosa". Así, explicaba, junto con su hijo, que "El hecho lesivo y el daño resultante deben ser extremadamente injustos, expresivos de una clara iniquidad. No es necesario que medie un factor subjetivo de atribución contra el responsable, con relación específica al hecho perjudicial. Basta con una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio. Inclusive, la indemnización

puede imponerse al titular de la empresa fuente de la situación nociva, así no se demuestre la autoría cabal de aquél en la producción del hecho dañoso”.

* Solo se aplica a instancia del damnificado, quien luego será destinatario de la indemnización,

* El juez la graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso,

* Fija un tope máximo de indemnización de 5 millones.

Otra vez el legislador en lugar de otorgar certeza a las relaciones jurídicas, deja en manos de los jueces la solución a la cuestión.

III.-Su aplicabilidad al fideicomiso inmobiliario

Pese a las críticas que ha recibido la figura del daño punitivo, no debemos olvidar que estas nuevas formas contractuales, como el fideicomiso, sumado a las nuevas realidades económicas, que rompen el equilibrio contractual, lógicamente requieren una nueva respuesta desde el derecho. Y porque no pensar que puede justamente dentro del ordenamiento del consumo, este daño punitivo, ser necesario en nuestro ordenamiento y cumplir noblemente con el fin propuesto.

Perder de vista que el fideicomiso es un contrato basado en la confianza, implicaría desnaturalizar la figura en cuanto queda comprendida en la relación de consumo. Así, el fiduciante o beneficiario —quien resultara en definitiva el adquirente de la vivienda— deposita en manos del fiduciario el dinero o los bienes necesarios para que este lleve adelante el negocio y, si bien se encuentra acotado contractualmente en cuanto a su margen de acción, la realidad es que cuenta con “muy amplias facultades de disposición”

Recordemos que en nuestro país no se requiere —pese a la envergadura económica de estos tipos de fideicomisos inmobiliarios— con la exigencia de que el fiduciario sea un profesional, nos encontramos así con expertos y buenos fiduciarios, existiendo de hecho muchísimos emprendimientos habitacionales se encuentran terminados y entregados o en vías de esto último. Sin embargo, como bien señala Matorrell citando Lisopawsky, junto a éstos están los “castillos de naipes”, con ignotos e inexpertos fiduciarios, las más de las veces sociedades comerciales con un capital mínimo, sostenidos por contratos de fideicomiso más que elementales, sin elaboración, adecuación técnica al negocio ni cuidado profesional, o lisa y llanamente esperpentos. En estos últimos, especialmente, radica el verdadero peligro de fracaso y los consecuentes conflictos.

Debemos resaltar entonces que la característica más destacada del negocio fiduciario, entonces, se encuentra en la potestad de abuso por parte de aquél en quien se confía (“fiduciario”, sea éste un Banco o un simple particular), porque —al habersele transmitido al mismo los resortes jurídicos pertinentes— el mismo los puede utilizar en interés del fiduciante (que es quien le transmitió los activos en cuestión) o en interés propio, que es lo no debe pero perfectamente puede hacer.

A la responsabilidad del fiduciario podemos sumar al estar abarcados por la ley de defensa del consumidor (solidaridad establecida en el art. 40 ley 24.240) a todos quienes forman parte del negocio, esto es developers, empresa constructora, inversores, financistas etc. Así frente a estos verdaderos grupos inmobiliarios que ofrecen negocios muy tentadores a los cuales los diseñan casi sin capital propio sino dependiendo del capital aportado por los futuros adquirentes de las unidades inmuebles quines virtualmente compran un proyecto mas que una propiedad, y los cuales en general se tratan de familias en busca de su vivienda, trabajadores que invierten sus ahorros en bienes inmuebles, pequeños inversores particulares que buscan no depreciar sus ahorros, pero básicamente que se caracterizan por tratarse de potenciales consumidores que no conocen muy bien en verdad esta figura del fideicomiso.

Se ha caracterizado gráficamente lo mismo de la siguiente forma “las luces del despliegue publicitario y de los “show-rooms” fascinan a los compradores y les obnubilan la percepción del riesgo real de un emprendimiento que tiene el terreno “pelado”, carece aún de planos aprobados o de las habilitaciones de construcción, e incluso puede tener pendiente todavía la incorporación del inmueble en propiedad fiduciaria al patrimonio del fideicomiso”.

En el trabajo citado anteriormente, se estudia la responsabilidad penal de estos emprendimientos y en particular del “Developer”, en el mismo se hace referencia a la situación que generalmente se plantea, donde “uno o varios inocentes fiduciantes depositan su confianza (y su dinero) en un fiduciario que accedió contractualmente y con las mejores intenciones a hacerse cargo de llevar adelante un proyecto inmobiliario y para ello recibió el dinero, contrató a la empresa constructora, a la que se encargaría de la dirección de obra, a los abogados que gestionarían los permisos municipales en fin, puso en marcha

el proceso de construir la nueva y lujosa residencia, sin embargo, tarde o temprano descubren que han sido defraudados, ya sea porque lisa y llanamente el fiduciario desapareció con el dinero o porque antes de terminar la obra debió pedir más ... y los felices huéspedes descubran tristemente la mala calidad de los materiales usados en lugar de aquellos de primera línea que se les había prometido y presupuestado” también se analiza tal problemática cuando este grupo empresario bien opta por tomar un rol a primera vista central pero, en realidad, escasamente relevante desde lo legal, “como el de posicionarse bajo la figura del developer inmobiliario. Bajo este ropaje, saldrá a buscar inversores para comprar el terreno, a quienes seducirá por dinero explicándoles que se trata de un negocio inigualable, ya que están en la etapa de la “pre-venta” y, por ende, los márgenes de ganancia son enormes. Luego, invertirá dinero en publicidad y se ocupará de la comercialización de las nuevas torres residenciales de alta categoría pescando fácilmente a las primeras familias con ansias reales de mudarse porque se trata de la venta del inmueble “en pozo”. Será, en definitiva, la “cara visible” del proyecto, quien prepare y exhiba los show-rooms, y quien convenza a efectuar la inversión, porque, entre otras cosas, el proyecto contempla que —para seguridad de todos los adquirentes— el dinero será entregado a un fiduciario, quien lo manejará bajo los estrictos cánones de un fideicomiso, que en el imaginario de la gente común o de los legos es sinónimo de confianza”.

En el análisis desde el punto de vista del derecho penal de la figura de defraudación, rápidamente nos encontramos en la dificultad probatoria que presenta el dolo específico que presenta la figura, pero la cuestión difiere cuando lo analizamos desde el punto de vista del derecho civil, particularmente desde la óptica del derecho de consumo, la cual nos da herramientas tales como la solidaridad, carga de la prueba, etc, para poder paliar esta situación y mejorar la posición del adquirente.

Particularmente el daño punitivo figura que como vimos cumple una función disuasoria; podría cumplir validamente aquí esa finalidad, coartando de tal manera el oportunismo contractual señalado de empresarios -proveedores- que no cumplen debidamente sus compromisos debido a como vimos poca inversión, poco riesgo de su parte que se lo transmiten en definitiva al consumidor.—adquirente, fiduciante, beneficiario— a través de una información distorsionada. Con ello quiero señalar que al menos los requisitos que seguramente la doctrina y jurisprudencia irán imponiendo para su aplicabilidad esto es esto es una conducta, repugnante, indignante, o antisocial

Es decir que en las hipótesis señaladas, esa actitud del fiduciario y asociados, serán pasibles claramente de la aplicación de este instrumento por el cual se sanciona a quienes siendo responsables de un daño, y obtienen con el también un lucro, teniendo especial consideración cuando se comprueba que el responsable actuó con sucede en este caso con una grave indiferencia hacia los derechos de los demás.

El daño ambiental

En otro orden, ya no frente a los contratantes sino frente a la sociedad, estos emprendimientos inmobiliarios —fiduciarios, developers, financistas, etc.— son pasibles por medio del daño punitivo de responder ante el daño ambiental causado por la construcción de un edificio u otro proyecto inmobiliario.

El concepto de “daño ambiental” posee características diversas y a la vez complejas, dado que la realidad sobre la que se funda presenta fáctica y jurídicamente planos que pueden ser sujetos a interpretaciones poco precisas. Estas imprecisiones crean un contexto en el que resulta indispensable la orientación al empresario y/o inversionista, a implementar acciones preventivas y reparadoras para evitar la sanción del daño punitivo.

En el marco planteado, adquiere particular relevancia la posibilidad o no de asegurar el mismo, cuestión que si bien algunos se han inclinado a que es posible asegurarse, y los seguros si podrán adecuar sus pólizas, también podrán no cubrir eventualidades que puedan generar daños punitivos. Lo cierto es que todavía esta en plena discusión en términos similares a la dada en torno a la asegurabilidad del dolo.

4. CONCLUSIÓN

La ley de defensa del consumidor al incorporar en la nueva reforma expresamente los “negocios inmobiliarios” categoría de la cual participa el fideicomiso inmobiliario en todas sus formas, de alguna forma le pone coto a los posibles abusos que puedan llevar adelante aquellos que se posicionan por su especialidad técnica y económica en la parte fuerte del contrato, frente a la debilidad que pueden

ostentar aquellos pequeños inversores o familias que pretendan adquirir su vivienda mediante esta modalidad.

Además de ello la ley incorpora esta figura del daño punitivo, que va mas allá de las fronteras de nuestro régimen de responsabilidad civil, puniendo y básicamente cumpliendo en el caso una función importante en este nuevo y complejo escenario de los negocios económicos y jurídicos, como es la “preventiva”.

Parafraseando a Diez Picasso, en este aspecto de prevenir el daño podemos decir que “si el costo de ser precavido es muy alto y es alto el beneficio que se obtiene de no serlo, porque las indemnizaciones se van a mantener en márgenes aceptables, la idea de que quien no fue precavido y por ello fue condenado, decidirá serlo en el futuro”

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 8 DE AGOSTO DE 2011

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 1078, Ley 340 Art. 1083, Ley 340 Art. 1132, Ley 340 Art. 1197, Ley 340 Art. 1198, Ley 340 Art. 2662, Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240, Ley 24.240 Art. 1, Ley 24.240 Art. 3, Ley 24.240 Art. 4, Ley 24.240 Art. 7, Ley 24.240 Art. 8, Ley 24.240 Art. 8, Ley 24.240 Art. 10, Ley 24.240 Art. 10, Ley 24.240 Art. 18, Ley 24.240 Art. 37, Ley 24.240 Art. 40, Ley 24.240 Art. 47, Ley 24.240 Art. 49, Ley 24.240 Art. 50, Ley 24.240 Art. 52, Ley 24.441 Art. 1, Ley 24.441 Art. 26, LEY 26.356, LEY 26.361

REF. BIBLIOGRAFICAS

- ALTERINI Atilio, A “Las reformas de la ley de consumidor. Primera lectura veinte años después”. LL del 10.04.2008
- ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino. JA 2008-II-1246 - SJA 28/5/2008
- ARIZA, Ariel. “contratación inmobiliaria y defensa del consumidor”. La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361”. Abeledo Perrot. Pág. 48.-
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil. LL A LEY 1994-B, 860-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III
- CARREGAL, Mario: “El fideicomiso: su aplicación desde la sanción de la ley 24.441”, LA LEY, 2007-B
- ELÍAS ANA INÉS, “Daño Punitivo. Derecho y economía”, en ARIZA, ARIEL, La reforma al régimen de Defensa al Consumidor por Ley 26.361, 1ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008
- FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361, 4 edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2008.
- GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo. El consumidor inmobiliario. Su tutela en la ley 24.240 reformada por la ley 26.321”. J.A-II. Pag. 50/51
- ITURRASPE, Jorge Mosset, Del micro al macro sistema y viceversa. el dialogo de las fuentes. Rubinzal-Culzoni. Revista de derecho Privado y Comunitario. 2009-1.
- LISOPRAWISKY, Silvio, DEL SEL, Juan María. En “Responsabilidad del “developer” en el fideicomiso inmobiliario” LA LEY2008-A, 652
- LISOPRASKI, Sergio. “Oferta público de fideicomisos “no financieros”. LA LEY2007-D, 911
- LISOPRASKY, Silvio. “Fideicomiso, ni ángel ni demonio”. LA LEY 2007-E, 1038
- LISOPRAWISKI, Silvio V. - KIPER, Claudio M “TRATADO DE FIDEICOMISO” LexisNexis - Depalma. 2003
- LISOPRAWISKY, Silvio. MATORELL, Ernesto E “Crisis de fideicomisos emblemáticos. Nuevos alcances de la responsabilidad del fiduciario” Publicado en: LA LEY 2009-C
- LORENZETTI, Ricardo Luís. Tratado de los contratos. Tomo III. Ed. Rubinzal Culzoni. Bs. As. 1999
- LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., Teoría de los contratos. Parte general. Ed. Zabalía. Buenos Aires. año 2003. Tomo I.
- MAQUEZ, Fernando. “Fideicomiso” La Ley .Bs.As. 2008.

- MARQUEZ, Fernando. "Notas sobre el fideicomiso con fines de garantía". JA 2000-IV-1225
- MATORELL, Ernesto E. "Fideicomiso: La imperativa necesidad de reformar la ley 24.441" LA LEY2008-B, 1156.-
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A. La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario LA LEY2007-E, 1288
- NICOLAU Noemí Lidia. "Fundamentos de derecho contractual. Teoría general del contrato". Ed. La Ley.2009. Tomo
- PIAGI, Ana "el derecho comercial y los desafíos de la modernización" Publicado en: LA LEY 1997-F
- KIPER, Claudio, LISOPRAWISKY, Silvio. "Obligaciones y responsabilidad del fiduciario". Depalma. Bs. As. 1999.
- KIPER Claudio y LISOPRAWISKI Silvio Víctor "Fideicomiso, dominio fiduciario y securitización", de, Buenos Aires, Depalma, 1995,
- ROSSI, Jorge Oscar, en "La reforma al régimen del consumidor por ley 26.361". Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 2008.
- URRETS ZABALIA, Pedro. "Responsabilidad civil del fiduciario" Ed. Rubinzal Culzoni. 2002
- ROSSI, Jorge Oscar, en "La reforma al régimen del consumidor por ley 26.361". Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 2008.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., "Indemnización punitiva", en Bueres, Alberto J. y Kemelmajer de Carlucci, Aída (dirs.), "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997

La nueva Ley 26.682 de Medicina Prepaga en los consumidores y usuarios

MAC DONALD, ANDREA FABIANA (*)

Publicación: SUPLEMENTO DE CONSUMIDOR Y SERVICIOS PUBLICOS.ELDIAL.COM
www.eldial.com, 1 DE JULIO DE 2011

SUMARIO

MEDICINA PREPAGA-USUARIOS Y CONSUMIDORES

Finalmente fue convertida en ley esta semana el proyecto que proponía la regulación sobre la medicina prepaga donde haremos un análisis en primer lugar sobre los orígenes del proyecto, el debate parlamentario del proyecto, los efectos de la presente ley en relación con los usuarios, la citación de jurisprudencia en materia de aumento de la cuotas a los usuarios de medicina prepaga, y además de comentar cada uno de sus artículos que componen la nueva ley.

Los intentos de regular la medicina prepaga deviene de un proyecto que tuvo su primer tratamiento legislativo el 28 de agosto de 2008. A pesar de la media sanción que recibió el proyecto del expediente 62/08 en diputados en el año 2008, recién el 24 de noviembre del 2010 recibió la media sanción que faltaba en el Senado. Como había sufrido otras modificaciones, volverá para tratamiento en diputados.

La ley busca regular una actividad para la cual no existe marco regulatorio. La única ley que regula de alguna manera la actividad es la Ley 24.754/96 que simplemente obliga a las empresas de medicina prepaga a ofrecer el Plan Médico Obligatorio como prestación más elemental dentro de sus planes de salud.

La desregulación ha generado diferentes prácticas por parte de las empresas de dudosa ética. Entre ellas, la libertad para ajustar el precio de las cuotas a pagar, y el monto de los aumentos. Se suman a estas la libertad para elegir en forma arbitraria las condiciones de ingreso y los de exclusión de afiliados a los planes de salud. Es frecuente la exclusión de personas con enfermedades pre-existentes y de personas arias. Otra práctica muy difundida es la de incrementar las cuotas de los afiliados cuando estos cumplen 65 años. Finalmente esta el 'tiempo de espera' entre la afiliación y el comienzo de la prestación de servicios de salud dentro del plan.

El proyecto de ley buscaba eliminar muchas de estas prácticas y racionalizar otras. El eje de la ley en relación al afiliado tiene dos partes: por un lado, la regulación de los precios y ajustes de las cuotas a pagar por el afiliado. La otra parte en relación a los criterios de inadmisibilidad

El gobierno tomó la decisión de impulsar un proyecto de ley para regular la actividad de la medicina prepaga luego que por aquel tiempo en la Cámara de Diputados había perdido vigencia un dictamen dado o una iniciativa. Es así como la diputada Patricia Vaca Narvaja por el Frente de la Victoria - Córdoba, promueve la creación de una comisión oficial que deberá autorizar los aumentos de las de cuotas y busca limitar el encarecimiento que sufren los planes de salud.

Los puntos sobresalientes del proyecto originario de regulación de medicina prepaga fueron materia de discusión tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado y fueron los siguientes:

a-Prestaciones: Se considera que las entidades deben brindar una cobertura en todos sus planes el denominado Programa Médico Obligatorio (PMO) y sólo se habilitaban en la práctica planes parciales para odontología, emergencias e internación domiciliaria.

b- Cuotas de los afiliados a las prepagas: El proyecto originario preveía que los aumentos sean aprobados por la comisión permanente que crea la ley integrada por la Supersentencia de Servicios de Salud y el Ministerio de Economía.

Vinculado a este punto de análisis, la diputada Vaca Narvaja expuso que "el objetivo es que ante esta comisión, las empresas documenten la suba de precios con la que intentan justificar cada aumento de precios".

c-Edad del afiliado: En el proyecto originario ya se prohibía la causa o motivo de rechazo de una afiliación y se instruye a la Superintendencia a reglamentar el aumento de las cuotas por razones de edad; las personas que llevan mas de 10 años en el sistema no podrán sufrir ajustes ni aumentos en las cuotas por razones de edad.

Ello a nuestro entender implicaría una clara discriminación de los afiliados que tengan 50 años o más y que tengan que sufrir aumentos no justificados ya que están aportando al sistema e implica una plena arbitrariedad de parte de las empresas de medicina prepaga.

d- Control de las prestaciones: Será facultad de la Superintendencia de Salud.

e-Solvencia de los afiliados: Habrá un capital mínimo para las empresas que además deberán constituir una reserva técnica.

La ley de regulación de medicina prepaga consta de 31 artículos en la cual recibió para su sanción alrededor de 129 votos positivos y 29 abstenciones del PRO y de CC, siendo la norma que resguarda derechos de los usuarios y prestadores en su relación con las prepagas.

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1º.- Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer el régimen de regulación de las empresas de medicina prepaga, los planes de adhesión voluntaria y los planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud (ASS) contemplados en las Leyes 23.660 y 23.661. Quedan excluidas las cooperativas y mutuales, asociaciones civiles y fundaciones; y obras sociales sindicales.

Comentario: Aquí el legislador indica el objeto de la presente ley que es la de establecer el régimen de regulación de las empresas de medicina prepaga, los planes de adhesión voluntaria como así también los planes complementarios que comercialicen la Ley 23660 que legisla las obras sociales y la Ley 23661 sobre la Ley de seguros, quedando fuera de la ley las cooperativas, mutuales, avocaciones civiles fundaciones y obras sociales sindicales.

ARTÍCULO 2º.- Definición. “A los efectos de la presente ley se consideran Empresas de Medicina Prepaga a toda persona física o jurídica, cualquiera sea el tipo, figura jurídica y denominación que adopten cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa.

Comentario: En esta disposición, se definen a las empresas de medicina prepaga como “toda persona física o jurídica y denominación que adopten cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios por medio de la modalidad de asociación voluntaria mediante pagos de adhesión...”. Aquí se hace referencia a los denominados contratos de adhesión que con frecuencia son suscriptos o firmados por los usuarios, los intermediarios y las empresas de medicina prepaga ya sea por contratación individual o corporativa

ARTÍCULO 3º.- Limitaciones. “No pueden desempeñarse como titulares, fundadores, directores, administradores, miembros de los consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores o gerentes de las entidades comprendidas en esta ley:

- 1) Los afectados por las inhabilidades e incompatibilidades establecidas por el artículo 264 de la Ley 19.550;
- 2) Los inhabilitados judicialmente para ejercer cargos públicos;
- 3) Quienes por sentencia firme hubieran sido declarados responsables de irregularidades en el gobierno o administración de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley”.

Comentario: Aquí el legislador establece las limitaciones de aplicación de la presente ley expresando que no pueden desempeñarse como titulares, fundadores, directores, administradores, miembros de los consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores o gerentes de las entidades comprendidas en esta ley,

introduciendo el legislador las prohibiciones que establece el art. 264 de la Ley 19550 de Sociedades Comerciales:

“Los afectados por las inhabilidades e incompatibles establecidas por el art. 264 de la Ley 19550 y son:

a- Quienes no pueden ejercer el comercio.

b-Los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta 10 (diez) años después de su rehabilitación, los fallidos por quiebra casual o los con-cursados hasta 5 (cinco) años después de su rehabilitación; los directores o administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta hasta 10 (diez) años después de su rehabilitación.

c-Los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos, los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos, y delitos contra la fe pública, los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades. En todos los casos hasta después de diez años de cumplida la condena.

d-Los funcionarios de la Administración Pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad hasta dos años del cese de sus funciones.”

En tanto en el inciso 2 del art. 3 hace referencia a aquellos que están inhabilitados para ejercer cargos públicos por ejemplo si están siendo procesados por delitos relacionados con el cumplimiento de un buen funcionario público (defraudación al Estado, enriquecimiento ilícito, etc.).

ARTÍCULO 4º.- Autoridad de Aplicación. Es Autoridad de Aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación. En lo que respecta a la relación de consumo y a la defensa de la competencia serán autoridades de aplicación las establecidas en las Leyes 24.240 y 25.156 y sus modificatorias, según corresponda.

Comentario: Aquí la autoridad de aplicación es uno de los puntos clave de la ley de medicina prepaga, ya que el marco regulatorio establece una nueva autoridad de aplicación, conformada por el Ministerio de Salud y en cuanto a los usuarios y la defensa de la competencia, va a intervenir la Secretaría de Comercio Interior.

ARTÍCULO 5º.- Objetivos y Funciones. “Son objetivos y funciones de la Autoridad de Aplicación:

a) Fiscalizar el cumplimiento de la presente ley y sus reglamentaciones en coordinación con las autoridades sanitarias de cada jurisdicción;

b) Crear y mantener actualizado el Registro Nacional de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley y el Padrón Nacional de Usuarios, al solo efecto de ser utilizado por el sistema público de salud, en lo referente a la aplicación de la presente ley, no debiendo en ningún caso contener datos que puedan afectar el derecho a la intimidad;

c) Determinar las condiciones técnicas, de solvencia financiera, de capacidad de gestión y prestacional, así como los recaudos formales exigibles a las entidades para su inscripción en el Registro previsto en el inciso anterior, garantizando la libre competencia y el acceso al mercado, de modo de no generar perjuicios para el interés económico general;

d) Fiscalizar el cumplimiento, por parte de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley, de las prestaciones del Programa Médico Obligatorio (PMO) y de cualquier otra que se hubiere incorporado al contrato suscripto;

e) Otorgar la autorización para funcionar a los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley, evaluando las características de los programas de salud, los antecedentes y responsabilidad de los solicitantes o miembros del órgano de administración y los requisitos previstos en el inciso c);

f) Autorizar y fiscalizar los modelos de contratos que celebren los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley y los usuarios en todas las modalidades de contratación y planes, en los términos del artículo 8º de la presente ley;

g) Autorizar en los términos de la presente ley y revisar los valores de las cuotas y sus modificaciones que propusieren los sujetos comprendidos en su artículo 1º;

h) Fiscalizar el pago de las prestaciones realizadas y facturadas por Hospitales Públicos u otros efectores del sector público nacional, provincial o municipal, de acuerdo a los valores establecidos por la normativa vigente;

i) Implementar los mecanismos necesarios en cada jurisdicción, para garantizar la disponibilidad de información actualizada y necesaria para que las personas puedan consultar y decidir sobre las entidades inscriptas en el Registro, sus condiciones y planes de los servicios brindados por cada una de ellas, como así también sobre aspectos referidos a su efectivo cumplimiento;

j) Disponer de los mecanismos necesarios en cada jurisdicción para recibir los reclamos efectuados por usuarios y prestadores del sistema, referidos a condiciones de atención, funcionamiento de los servicios e incumplimientos;

k) Establecer un sistema de categorización y acreditación de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley así como los establecimientos y prestadores propios o contratados evaluando estructuras, procedimientos y resultados;

l) Requerir periódicamente con carácter de declaración jurada a los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley informes demográficos, epidemiológicos, prestacionales y económico-financieros, sin perjuicio de lo establecido por la Ley 19.550;

m) Transferir en caso de quiebra, cierre o cesación de actividades de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley la cobertura de salud con sus afiliados a otros prestadores inscriptos en el Registro que cuenten con similar modalidad de cobertura de salud y cuota. La transferencia se acordará en el marco del Consejo Permanente de Concertación definido en el artículo 28 de la presente ley y se realizará respetando criterios de distribución proporcional según cálculo actuarial, debiendo contar con el consentimiento del usuario.

Comentario: En esta disposición, el legislador establece las funciones que deberán cumplir la autoridad de aplicación que es el Ministerio de Salud de la Nación, en las relaciones de consumo será la autoridad de aplicación de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor que es la Secretaria de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción (art. 41 de la Ley 24.240 modif por la ley 26.361) y la Ley 25156 de Defensa de la Competencia el Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 17).

Se describe en la presente normativa una serie de funciones están vinculadas a los objetivos centrales de la ley y que deberán ser resueltos por las autoridades de aplicación como las autorizaciones de los contratos de los prestadores, fiscalizar el cumplimiento de las prestaciones del Programa Médico Obligatorio (PMO).

En materia de reclamos de los usuarios y prestadores del sistema, también deberán ser recibidos por la Autoridad de Aplicación por ejemplo en materia de atención a los afiliados, tratamiento de urgencias, etc. Ahora la autoridad de Aplicación deberá resolver dichos reclamos y evita al usuario o consumidor ir a la Justicia.

En cuanto a la información que deberá brindar la Autoridad de Aplicación, el inc. i) del presente art. 5 hace referencia a una información actualizada y necesaria para las personas que puedan disponer y consultar y decidir sobre las entidades de salud, sus condiciones y planes de los servicios brindados por ellas, habiendo el legislador omitido establecer una información simétrica o perfecta a los fines de evitar confusiones o distorsiones en los datos que proporcionan las empresas de medicina prepaga al momento de celebrar el contrato con el consumidor o usuario del servicio.

ARTÍCULO 6º.- Comisión Permanente. Créase como órgano de articulación de las funciones fijadas en la presente ley una Comisión Permanente que estará constituida por tres (3) representantes del Ministerio de Salud y tres (3) del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Comentario: Aquí el legislador hace referencia a la creación de una Comisión Permanente que es un órgano de articulación de las funciones establecidas en la presente ley conformada por tres representantes del Ministerio de Salud, tres del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. El mismo reviste de un órgano de carácter tripartito

ARTÍCULO 7º.- Obligación. Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para personas con discapacidad prevista en la Ley 24.901 y sus modificatorias.

Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden ofrecer planes de coberturas parciales en:

- a) Servicios odontológicos exclusivamente;
- b) Servicios de emergencias médicas y traslados sanitarios de personas;
- c) Aquellos que desarrollen su actividad en una única y determinada localidad, con un padrón de usuarios inferior a cinco mil.

La Autoridad de Aplicación podrá proponer nuevos planes de coberturas parciales a propuesta de la Comisión Permanente prevista en el artículo 6º de la presente ley.

Todos los planes de cobertura parcial deben adecuarse a lo establecido por la Autoridad de Aplicación. En todos los planes de cobertura médico-asistencial y en los de cobertura parcial, la información a los usuarios debe explicitar fehacientemente las prestaciones que cubre y las que no están incluidas.

En todos los casos la prescripción de medicamentos debe realizarse conforme la Ley 25.649.

Comentario: En la presente normativa, el legislador establece las obligaciones que deberán cumplir los sujetos comprendidos en el art. 1 de la presente ley Agentes del Seguro de Salud, las Obras Sociales (ASS) (Ley 23660) y la Ley de Seguros (Ley 23661) y son las vinculadas a ofrecer planes de coberturas parciales en materia de servicios odontológicos, servicios de emergencias médicas y traslados sanitarios de personas entre otros.

Será facultad de la Autoridad de Aplicación la de proponer nuevos planes de coberturas parciales a propuesta de la Comisión Permanente.

ARTÍCULO 8º.- Modelos. Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden utilizar modelos de contratos previamente autorizados por la Autoridad de Aplicación.

Comentario: El legislador establece que los sujetos comprendidos en el art. 1 de la presente ley podrán emplear modelos de contratos que sean previamente autorizados por la Autoridad de Aplicación, lo cual podríamos interpretar que en parte significa una protección para los usuarios que contraten los servicios de medicina prepaga.

ARTÍCULO 9º.- Rescisión. 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. Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o cuando el usuario haya falseado la declaración jurada. En caso de falta de pago, transcurrido el término impago establecido y previo a la rescisión, los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley deben comunicar en forma fehaciente al usuario la constitución en mora intimando a la regularización dentro del término de diez (10) días.

Comentario: En la actualidad, las prepagas tenían como facultad la de anular contratos en los casos de falta de pago de parte de un usuario, pero según la Unión de Usuarios y Consumidores hay cláusulas que permiten la rescisión del contrato sin causa. Aquí el legislador establece en la presente ley que los usuarios podrán tener como facultad la de rescindir el contrato celebrado con la prestadora

de salud en cualquier momento, teniendo como obligación la de notificar de manera fehaciente la misma a la otra parte en el plazo de 30 días de anticipación

Sólo podrán los sujetos comprendidos en el art. 1 de la presente ley rescindir del contrato solamente en dos casos:

1-Cuando exista la falta de pago de tres cuotas consecutivas del usuario.

2-En el caso de que el usuario haya cometido el falseamiento de la declaración jurada.

ARTÍCULO 10.- Carencias y Declaración Jurada. “Los contratos entre los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley y los usuarios no pueden incluir períodos de carencia o espera para todas aquellas prestaciones que se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio. Las otras modalidades prestacionales y los tiempos previstos en el contrato como período de carencia deben estar suficientemente explicitados en el contrato y aprobados por la Autoridad de Aplicación. Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. La Autoridad de Aplicación autorizará valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación”.

Comentario: El legislador establece en la primera parte de la presente normativa que no pueden incluirse períodos de carencia o de espera para todas aquellas prestaciones que se encuentren incluidas en el PMO. Este artículo fue objeto de amplia discusión y cuestionado por las empresas de salud. En el caso de una enfermedad que tuviera una enfermedad de carácter grave podía ser afiliada a una prepaga y una vez que obtenía su curación debía ser desafiada.

En el caso de las preexistencias o enfermedades preexistentes son aquellas dolencias previas o anteriores a la afiliación del usuario a la empresa de medicina prepaga; mientras que carencias es aquel período inicial o bien de espera en el cual el usuario no sería atendido gratuitamente por la prepaga. Ello era considerado como ilegal y los usuarios que contratan un servicio de salud tienen el derecho a ser asistidos desde el mismo momento en que contrata un servicio de medicina prepaga, lo cual además conducía a una plena discriminación en materia de disponibilidad económica del usuario. Es por ello que en la segunda parte del art. 10 establece que “las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. La autoridad de aplicación autorizará valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de los usuarios que presenten enfermedades preexistentes de acuerdo a lo que establezca la reglamentación”.

Implica aquí como requisito la declaración jurada del usuario para poder ser admitidos en caso de enfermedades preexistentes los cuales no podrán ser rechazados en su admisión, siendo en este caso una plena protección para los usuarios y en pie de igualdad.

ARTÍCULO 11.- Admisión Adversa. La edad no puede ser tomada como criterio de rechazo de admisión.

ARTÍCULO 12.- Personas Mayores de 65 Años. En el caso de las personas mayores de sesenta y cinco (65) años, la Autoridad de Aplicación debe definir los porcentajes de aumento de costos según riesgo para los distintos rangos etarios.

A los usuarios mayores a sesenta y cinco (65) años que tengan una antigüedad mayor a diez (10) años en uno de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley, no se les puede aplicar el aumento en razón de su edad.

Comentario: En los Art. 11 y 12 hace referencia a la edad del afiliado, otro de los puntos controvertidos de discusión de la ley. Antes, una persona cuando cumplía 50 años se le aumentaba la cuota de manera injusta, por ejemplo si abonaba \$ 500, después a los 50 años pasaba a pagar 700 pesos lo

cual implicaba un pleno abuso de parte de las empresas de medicina prepaga y no tenía justificativo alguno ya que el servicio debe brindarse de manera igualitaria a todos los usuarios sin hacer distinción por la edad del afiliado.

A partir de los Art. 11 y 12, los afiliados mayores de 65 años que tengan una antigüedad mayor de 10 años en su afiliación no se les podrán aumentar ni ajustar la cuota en razón de la edad del usuario. Ello implica otro caso de abuso de las empresas de salud que siempre cometieron y dejaban desprotegidos a los usuarios mayores de edad, teniendo que ser rehenes del sistema injusto y además discriminante.

ARTÍCULO 13.- Fallecimiento del Titular. El fallecimiento del titular no implica la caducidad de los derechos de su grupo familiar integrantes del contrato.

Comentario: Aquí el legislador establece que la muerte del afiliado titular del servicio de salud que contrató con la empresa de medicina prepaga, no significará la caducidad o terminación de los derechos de su grupo familiar integrantes del contrato, es decir, son continuadores como afiliados y podrán seguir recibiendo de los servicios de la empresa que contrató el titular afiliado en su momento.

ARTÍCULO 14.- Cobertura del Grupo Familiar.

a) Se entiende por grupo familiar primario el integrado por el cónyuge del afiliado titular, los hijos solteros hasta los veintiún (21) años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional, comercial o laboral, los hijos solteros mayores de veintiún (21) años y hasta los veinticinco (25) años inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de veintiún (21) años, los hijos del cónyuge, los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa, que reúnan los requisitos establecidos en este inciso;

b) La persona que conviva con el afiliado titular en unión de hecho, sea o no de distinto sexo y sus hijos, según la acreditación que determine la reglamentación.

Las prestaciones no serán limitadas en ningún caso por enfermedades preexistentes ni por períodos de carencia ni pueden dar lugar a cuotas diferenciadas

Comentario: En la presente disposición, el legislador define en el inc. a) al grupo primario haciendo una descripción de las edades de cada uno de los componentes de cada miembro familiar, haciendo referencia a los hijos que tengan incapacidades y que estén a cargo del afiliado.

En lo que hace al inc. b) se refiere la persona conviviente del afiliado o que este unida de hecho que podrá gozar de los servicios médicos de la medicina prepaga siempre que acredite dicha condición.

Por último, el legislador establece que en los casos de enfermedades preexistentes o períodos de carencia no tendrán que abonar cuotas diferenciadas. Una vez más establece la igualdad entre los usuarios.

ARTÍCULO 15.- Contratación Corporativa. "El usuario adherido por contratación grupal o corporativa que hubiese cesado su relación laboral o vínculo con la empresa que realizó el contrato con uno de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley tiene derecho a la continuidad con su antigüedad reconocida en alguno de los planes de uno de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley, si lo solicita en el plazo de sesenta (60) días desde el cese de su relación laboral o vínculo con la empresa o entidad corporativa en la que se desempeñaba. El sujeto comprendido en el artículo 1º de la presente ley debe mantener la prestación del Plan hasta el vencimiento del plazo de sesenta (60) días".

Comentario: Aquí el legislador hace plena referencia a la contratación corporativa del usuario por contratación grupal o corporativa que hubiese finalizado su vínculo laboral o con la empresa que efectuó el contrato con uno de los sujetos comprendidos en el art. 1 de la presente ley, le otorga al

mismo la continuidad con su antigüedad reconocida en alguno de los planes de uno de los sujetos comprendidos en el Art. 1 de la presente ley.

Pero tendrá como requisito dicho usuario a pedirlo dentro del plazo de 60 días a partir de su cese de su relación laboral con la empresa o entidad corporativa en la que se desempeñaba el usuario.

Son ejemplos el caso de jubilación, por retiro voluntario en la empresa son supuestos que se dan en la práctica.

ARTÍCULO 16.- Contratos Vigentes. La entrada en vigor de la presente no puede generar ningún tipo de menoscabo a la situación de los usuarios con contratos vigentes.

ARTÍCULO 17.- Cuotas de Planes. La Autoridad de Aplicación fiscalizará y garantizará la razonabilidad de las cuotas de los planes prestacionales.

La Autoridad de Aplicación autorizará el aumento de las cuotas cuando el mismo esté fundado en variaciones de la estructura de costos y razonable cálculo actuarial de riesgos.

Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley pueden establecer precios diferenciales para los planes prestacionales, al momento de su contratación, según franjas etarias con una variación máxima de tres (3) veces entre el precio de la primera y la última franja etaria.

Comentario: Esta fue otra de las disposiciones más discutidas durante el tratamiento del proyecto de regulación de medicina prepaga el tema del aumento de las cuotas a los afiliados de las empresas de medicina prepaga. Anteriormente, las empresas de medicina prepaga podían ajustar o incrementar las cuotas y tarifas de medicina prepaga por decisión propia, es decir de manera unilateral, estableciendo el porcentaje que consideraban conveniente a sus beneficios.

A partir de la sanción de la presente ley, las empresas de medicina prepaga no podrán aumentar las cuotas de los afiliados a las empresas de medicina prepaga sin previa autorización de la autoridad de aplicación y además dichos aumentos o incrementos que disponga dicha autoridad deberá ser fundada como por ejemplo en materia de variaciones o modificaciones en la infraestructura de la empresa de medicina prepaga y que sea acorde al cálculo actuarial de riesgos.

Se faculta a los sujetos comprendidos en el Art. 1 de la presente ley a establecer precios diferenciales para los planes prestacionales al momento de su contratación, según franjas etarias, es decir sobre la edad, con una variación máxima de tres veces entre el precio de la primera y la última franja etaria o de edad.

ARTÍCULO 18.- Aranceles. La Autoridad de Aplicación debe fijar los aranceles mínimos obligatorios que aseguren el desempeño eficiente de los prestadores públicos y privados. La falta de cumplimiento de aranceles o la mora en el pago a los prestadores hace pasibles a los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley de las sanciones previstas en el artículo 24 de la presente.

ARTÍCULO 19.- Modelos de Contrato. Los modelos de contratos entre los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley y los prestadores deben adecuarse a los modelos que establezca la Autoridad de Aplicación.

Comentario: En el artículo 18 de la presente ley hace referencia a la fijación de aranceles, siendo facultad de la Autoridad de Aplicación establecer aranceles mínimos obligatorios que garanticen el desempeño y funcionamiento de los prestadores públicos y privados.

En cuanto al art. 19 de la presente ley hace alusión a los modelos de contratos debiendo ser los mismos adecuados a los que establezca la Autoridad de Aplicación.

CAPÍTULO VI

DE LAS OBLIGACIONES

ARTÍCULO 20.- Hospitales Públicos. Aunque no mediare convenio previo, los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley deben abonar al hospital público u otros efectores del sector público nacional, provincial o municipal, y las de la Seguridad Social, las prestaciones efectuadas y facturadas, de acuerdo a los valores establecidos por la Superintendencia de Servicios de Salud para los Agentes del Seguro de Salud.

Las mismas deben contar con la correspondiente validación de acuerdo a lo establecido en la reglamentación.

Quedan expresamente exceptuadas de autorización o validación previa, las situaciones de urgencia o emergencia de salud de los usuarios, en que se procederá a la atención del paciente, teniendo un plazo de tres (3) días para su validación posterior.

En caso de rechazo controvertido de una prestación efectuada por un hospital público u otro efector, puede requerirse la intervención de la Autoridad de Aplicación.

Comentario: En la presente disposición se establece como obligación de los sujetos comprendidos en el Art. 1 de la ley de medicina prepaga la de pagar al hospital público las prestaciones facturadas de acuerdo a los valores establecidos por la Superintendencia de Servicios de Salud para los Agentes del Seguro de Salud, quedando exentas de autorización en los supuestos de urgencias o emergencias de salud de los usuarios en que se procederá a la atención del paciente estableciendo un plazo de 3 días para su validación posterior.

ARTÍCULO 21.- Capital Mínimo. "Las Empresas de Medicina Prepaga que actúen como entidades de cobertura para la atención de la salud deben constituir y mantener un Capital Mínimo, que es fijado por la Autoridad de Aplicación.

Los Agentes de Seguro de Salud a que se refiere el artículo 1º de la presente ley se rigen, en este aspecto, por las resoluciones que emanen de la Autoridad de Aplicación".

Comentario: Aquí se establece en esta disposición la obligación de las empresas de medicina prepaga de constituir y mantener un capital mínimo que será fijado por la Autoridad de Aplicación; este fue otro de los puntos claves discutidos durante el tratamiento del proyecto ya que las empresas de medicina prepaga consideraban la falta de libertad y de excesivo control de parte de la autoridad de aplicación.

ARTÍCULO 22.- Información Patrimonial y Contable. "Los Agentes del Seguro de Salud que comercialicen planes de adhesión voluntaria o planes superadores o complementarios por mayores servicios deben llevar un sistema diferenciado de información patrimonial y contable de registros con fines de fiscalización y control de las contribuciones, aportes y recursos de otra naturaleza previstos por las Leyes 23.660 y 23.661".

ARTÍCULO 23.- Planes de Adhesión y Fondo Solidario de Redistribución. "Por los planes de adhesión voluntaria o planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud no se realizarán aportes al Fondo Solidario de Redistribución ni se recibirán reintegros ni otro tipo de aportes por parte de la Administración de Programas Especiales".

Comentario: En los artículos 22 y 23 de la presente ley hace referencia a la información contable que deben llevar los sujetos comprendidos en el Art. 1 de la presente ley que comercialicen planes de adhesión voluntaria o planes complementarios por mayores servicios, siendo indispensable un sistema diferenciado de información patrimonial y contable de registros con fines de fiscalización, siendo este un control a las empresas de medicina prepagas y además información contable referidos a los balances y auditorías efectuadas por las empresas de medicina prepaga.

CAPÍTULO VII

DE LAS SANCIONES

ARTÍCULO 24.- Sanciones. "Toda infracción a la presente ley será sancionada por la Autoridad de Aplicación conforme a lo siguiente:

- a) Apercibimiento;
- b) Multa cuyo valor mínimo es equivalente al valor de tres cuotas que comercialice el infractor y el valor máximo no podrá superar el TREINTA POR CIENTO (30%) de la facturación del ejercicio anterior;
- c) Cancelación de la inscripción en el Registro. Esta sanción sólo puede ser aplicada, en caso de gravedad extrema y reincidencia.

A los fines de la sustanciación del sumario será aplicable la Ley 19.549 de procedimientos administrativos.

Toda sanción puede ser apelada ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. El recurso deberá interponerse y fundarse dentro del plazo de diez (10) días hábiles de notificada ante la autoridad que dictó la resolución, quien remitirá las actuaciones al tribunal competente sin más trámite".

Comentario: El legislador hace referencia a las sanciones e infracciones que serán aplicadas por la Autoridad de Aplicación e los casos de incumplimientos de parte de las empresas de medicina prepaga como apercibimientos, multas o cancelaciones de la inscripción en el Registro.

El sumario en estos casos se va a realizar aplicándose la Ley 19549 de procedimientos administrativos y toda sanción o incumplimiento podrá ser apelada ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, siendo el recurso interpuesto en el plazo de 10 días hábiles de notificada la empresa de medicina prepaga ante la autoridad que emitió la resolución.

ARTÍCULO 25.- Recursos. "Los recursos del Ministerio de Salud con relación a la presente ley, están constituidos por:

- a) Una matrícula anual abonada por cada entidad, cuyo monto será fijado por la reglamentación;
- b) Las multas abonadas por los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley a la Autoridad de Aplicación;
- c) Las donaciones, legados y subsidios que reciba;
- d) Todo otro ingreso compatible con su naturaleza y fines".

ARTÍCULO 26.- Derecho de los Usuarios. Sin perjuicio de los que establezcan las demás normas de aplicación, los usuarios gozan de los siguientes derechos:

- a) Derecho a las prestaciones de emergencia: los usuarios tienen derecho, en caso de duda, a recibir las prestaciones de emergencia, correspondiendo en forma posterior resolver si se encuentran cubiertas por el plan contratado;
- b) Derecho a la equivalencia: los usuarios tienen derecho a una adecuada equivalencia de la calidad de los servicios contratados durante toda la relación contractual.

Comentario: En esta normativa se establecen dos derechos fundamentales de los usuarios en materia de medicina prepaga como el derecho a las prestaciones de emergencia y el derecho a equivalencia, esto es, en cuanto a la calidad del servicio contratado por el usuario con la empresa de medicina prepaga, implicando mayor protección a los usuarios en la salud e integridad física.

ARTÍCULO 27.- Créase como órgano consultivo un Consejo Permanente de Concertación, integrado ad-honorem por representantes del Ministerio de Salud, de la Autoridad de Aplicación de la Ley 24.240, de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley, de los usuarios y de las entidades

representativas de los prestadores en el ámbito nacional o provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Ministerio de Salud dictará el reglamento de funcionamiento del citado consejo.

Comentario: Aquí se establece la creación de un Consejo Permanente de Concertación que revistirá el carácter de órgano consultivo y estará integrado ad honorem por representantes del Ministerio de Salud, de la Autoridad de Aplicación de la Ley 24.240 y de los sujetos comprendidos en el art. 1 de la presente ley. El Ministerio de Salud tendrá como facultad dictar el reglamento de funcionamiento del mencionado consejo.

ARTÍCULO 28.- Orden Público. La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial.

ARTÍCULO 29.- Reglamentación. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los ciento veinte (120) días a partir de su publicación.

ARTÍCULO 30.- Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley tendrán un plazo de ciento ochenta (180) días a partir de la publicación de la presente para la adaptación al presente marco normativo.

ARTÍCULO 31.- Comuníquese al Poder Ejecutivo”.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: SUPLEMENTO DE CONSUMIDOR Y SERVICIOS PUBLICOS.ELDIAL.COM
www.eldial.com

Fecha: 1 DE JULIO DE 2011

:

Editorial: Albrematica

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 19.549, Ley 23.660, Ley 23.661, Ley 24.240, Ley 24.240 Art. 41, Ley 24.754, LEY 25156 Art. 17, LEY 26.361, LEY 26.682 Art. 1, LEY 26.682 Art. 3, LEY 26.682 Art. 5, LEY 26.682 Art. 10, LEY 26.682 Art. 11, LEY 26.682 Art. 12, LEY 26.682 Art. 18, LEY 26.682 Art. 19, LEY 26.682 Art. 22, LEY 26.682 Art. 23, Ley 19.550 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 841/84 Art. 264

El trato digno y equitativo al consumidor a la luz de los principios constitucionales

COLAZO, IVANA INES

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 1 DE MARZO DE 2011

SUMARIO

CONSUMIDORES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR-RELACION DE CONSUMO-DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR-REFORMA LEGISLATIVA-LEY MODIFICATORIA

I. INTRODUCCIÓN

Puede señalarse que se ha aprobado una nueva modificación a la ley 24.240 por la ley 26.361 (Publicada en el boletín oficial el 07/04/2008), que a diferencia de las anteriores reformas, su objeto ha sido introducir un sistema nacional de tutela y defensa integral de los derechos constitucionales de usuarios y consumidores frente a las modernas modalidades de consumo, teniendo como punto de partida, la evidente situación de debilidad en que se encuentra el usuario o consumidor que participa de dichas relaciones, incorporando una modificación integral al denominado microsistema de protección del consumidor .

Que en el marco de las reformas introducidas por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, una de las mas relevantes es la incorporación de las nociones de “trato digno” y prácticas abusivas”, por medio del nuevo art. 8 bis. El que ha sido sancionado estableciendo de manera amplia la identificación de las prácticas abusivas, a diferencia de lo sugerido en forma originaria que proponía la determinación de las prácticas abusivas más comunes, pues el Senado de la Nación realizó varias modificaciones, sin embargo se mantuvo el espíritu de la norma, que quedó redactado de la siguiente manera:

“Art. 8 bis. Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato dignos y equitativos 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 comercialicen.

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 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”.

Es así que se amplia y jerarquiza la figura del consumidor y usuario, en consonancia con el art. 42 de nuestra Constitución Nacional⁸⁹.

En lo que es materia que limita el presente trabajo intentaremos reflexionar sobre “el trato digno y equitativo al consumidor” contemplado en el nuevo art. 8 bis de la ley de defensa del consumidor a la luz de los preceptos constitucionales, y realizaremos un detalle de jurisprudencia vinculada.

II. FUNDAMENTACION CONSTITUCIONAL

Se trata de un nuevo artículo introducido por la reforma que de modo expreso y con carácter genérico exige a los proveedores condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y

⁸⁹ Cfr. Código Civil de la República Argentina con todos los valores agregados legis - Abril 2010 - 2011, Edit Legis, Buenos Aires - Ley 24.240, pag. 1267.

usuarios, acoplándose a lo que la Constitución Nacional ya había contemplado en su art. 42 luego de la reforma de 1994.

La nueva norma introducida por la ley 26.361, plasma lo ya reconocido por el art. 42 CN que reza: “Los Consumidores y Usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo... a condiciones de trato equitativo y digno”, Asimismo con la reforma constitucional realizada en el año 1994, se contempla el derecho a la dignidad humana, que ha sido receptado por numerosos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que establece que toda persona tiene derecho “al reconocimiento de su dignidad”, y en 1966 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declararon la “dignidad inherente a la persona humana”.

La incorporación a la Ley de Defensa del Consumidor del artículo 8 bis, es una forma específica de detallar valores consagrados por nuestra Constitución Nacional en lo referente al trato equitativo y digno.

El derecho al trato equitativo y digno es el que tiene todo hombre por su condición de tal, su violación atenta contra componentes de atributos de su humanidad, lo que involucra el respeto a su honor y dignidad.

Lo que se pretende es garantizar un trato digno al consumidor, evitando prácticas comerciales que limiten o nieguen sus derechos.

El precepto se inspira en el Código brasileño, en el que se prohíben a título enunciativo ciertas prácticas por parte del proveedor. Muchas de las previsiones normativas del Brasil se encuentran insertas en el derecho argentino dentro de la actividad específicamente regulada y que el modelo local adoptó un sistema menos casuístico y más conceptual, para poder encuadrar situaciones futuras difíciles de prever en el presente. Por las razones expuestas se prohíbe “desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorio”, lo que incluye sin dudas una gran cantidad de casos⁹⁰.

III. ANALISIS DEL ARTICULO EN TRATAMIENTO:

En el primer párrafo, la norma impone a los proveedores el deber de garantizar a los consumidores condiciones de atención y trato digno y equitativo. La amplitud de la caracterización abarca múltiples comportamientos que se observan en el mercado y otros que en el futuro serán adoptados por los proveedores.

Se trata de un estándar o modelo de comportamiento que el proveedor está obligado a observar en la relación de consumo⁹¹.

Tiende a resguardar la moral y salud psíquica y física de las personas, porque la ausencia un trato digno y equitativo genera lesión en los derechos constitucionales del usuario, agraviándolos en su honor. Asimismo atiende también a la preservación de la igualdad y proporcionalidad respecto del contenido de la relación de consumo.

La existencia del derecho a la dignidad humana, es uno de los principios fundamentales del hombre que debe ser tutelado en cualquier Estado moderno, ello debido a que por la mera obligación de tratar con dignidad a todos los Consumidores y Usuarios, se restringe de modo evidente, la posibilidad que

⁹⁰ Cfr. Jorge Mosset Iturraspe - Javier H. Wajtraub - Ley de Defensa del Consumidor - Ley 24.240 - Protección Procesal de Usuarios y Consumidores por Osvaldo Alfredo Gozaini, Edit. Rubinzal -Culzoni, Buenos Aires, 2008, pag. 107.

⁹¹ Cfr. Santarelli Fulvio G. “Novedades en el régimen de contratación con el consumidor”, en Suplemento especial La Ley. Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, pag. 143.

unos sean objeto de un trato más digno que otros, con las consecuentes e indeseables desigualdades que el trato discriminatorio podría suscitar en el marco de una misma situación jurídica⁹².

Es posible considerar que en la norma se traza cierto paralelismo con la regulación de las cláusulas abusivas, a las cuales la Ley de Defensa del Consumidor ha pretendido combatir mediante la utilización de estándares generales.

En el segundo párrafo, se establecen tres conductas que vulneraría el trato equitativo y digno tutelado.

Práctica “Vergonzante” puede considerarse todo aquello que le puede resultar deshonroso o humillante, ésta práctica pone al consumidor y usuario en condiciones degradantes y bochornosas, las más de las veces afectándolo gravemente. “Vejatoria” refiere a conductas del proveedor representativas de maltratos, agravios, perjuicios o padecimientos que se reflejan o prosiguen de conductas persecutorias por parte del proveedor configurándose en situaciones ultrajantes. “Intimidatorio” demarca comportamientos que pueden infundir temor, sintiéndose el Consumidor o Usuario sospechado y amenazado, generándole irremediablemente miedo⁹³.

Las prácticas de comercialización que transgredan el derecho del consumidor a un trato equitativo y digno, o afecten la libertad de elección, o transgredan los principios de buena fe o del abuso del derecho constituyen prácticas abusivas prohibidas por la ley

Son prácticas que buscan aprovechar la necesidad o inexperiencia de las personas, afectando en forma negativa sus intereses, por no haberse respetado su condición humana y su rol como Consumidor.

La norma también refiere a las condiciones de atención, así se es objeto de atención deficiente o irrespetuosa por dependientes del proveedor o por este mismo cuando se lo trata como un delincuente, cuando se activa alguna alarma en el local comercial donde se realiza la relación de consumo⁹⁴.

Nuestra Jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse en varios precedentes, reconociendo un resarcimiento por daño moral sufridos por el Consumidor ante tratos vergonzantes:

En los autos caratulados: “Zagame Roberto c. Carrefour Argentina SA”, C. Civ. Y Com. Lomas de Zamora, Sala 2&. JA 2003-IV, 257, que resuelve:

“la potestad de los supermercados de poner en funcionamiento mecanismos de custodia de los bienes propios y de terceros con el fin de prevenir la sustracción ilegal, de lo que se trata es de tamizar los actos que pueden aceptarse como regulares a dicha función de aquellas actitudes prepotentes y autoritarias que violan abiertamente los derechos, de rango constitucional también, de los sujetos que asisten como clientes a tales establecimientos. Lo que procuramos decir es que de ninguna manera el indiscutible derecho de vigilancia de la empresa puede ejercerse en detrimento del honor e integridad física o psíquica de las personas; aceptado lo cual, el error y exceso son irrefutablemente fuente de responsabilidad del agente de seguridad que los comete, y en tal sentido, extensible objetivamente a quien ha contratado tales servicios”.

La C.Civ. Com. Familia y Cont. Adm. Rio Cuarto, 2/8/04 en autos: “Balmaceda María Alicia c/ Super Vea - Disco SA y Visor S.R.L Empresa de Seguridad y Servicios Temporales - Demanda Ordinaria”, JA 2005-II, Fascículo 1, pag. 81 y sgtes., elevados en apelación por el Juzgado de Primera Instancia y

⁹² Lowenrosen Flavio I. “La dignidad, derecho constitucional de los usuarios y consumidores - Comentario a fallo - Suplemento de Derecho del Consumidor y Regulación de Servicios Públicos El Dial.com.

⁹³ Congreso Nacional de Derecho - Ponencia: Evolución del derecho del Consumo en nuestro país desde sus 1º esbozos a los albores de la ley 26.361 - Trato equitativo y Digno - Prácticas Abusivas - Venta Domiciliaria - Karina Alejandra Elena Acosta.

⁹⁴ Lowenrosen, Flavio I.ob. cit.

Quinta Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Río Cuarto, por entonces a cargo del Dr. José María Ordóñez, quien mediante la Sentencia Definitiva Número Ochenta y tres, fechada el día dieciséis de abril de dos mil tres, resolvió: "1) Hacer lugar parcialmente a la demanda entablada por la Sra. María Alicia Balmaceda en contra de "Super VEA" - Disco S.A. y de Visor Empresa de Seguridad y Servicios Integrales S.R.L., y en consecuencia, condenar "in solidum" a las demandadas a abonar a la actora dentro del plazo de diez días la suma de pesos Tres mil (\$ 3.000), sin perjuicio de los intereses que correspondan de acuerdo a lo establecido en los considerandos...

En autos se promueve demanda por el daño moral que la actora dice haber sufrido con motivo del incidente que protagonizara con guardias de seguridad la sazón dependientes de la empresa "Visor Empresa de Seguridad y Servicios S.R.L. " (en adelante Visor) en el ámbito del local comercial denominado Super Vea, propiedad de Disco S.A. (firma a la que, en adelante, se llamará Super Vea).

Entablada en esos términos la acción, Super Vea levanta como defensa la falta de acción a su respecto, argumento que, desechado por el *a quo*, es sostenido ante esta alzada por Visor.

En función de ello, y coincidiendo con el primer sentenciante, se impone dirimir este aspecto liminar toda vez que es menester dejar fijada con absoluta claridad esa circunstancia en función de los efectos que habrá de producir la sentencia que se dicte.

En este orden sostiene el apelante que el fundamento del *a quo*, basado en la culpa "in eligendo" se da sobre personas y no sobre empresas, con lo que, no siendo los guardias de seguridad dependientes de Super Vea, sino de Visor, la co-demandada debe quedar al margen de las responsabilidades que aquí se determinan.

La Excma Cámara resuelve: "Definitivamente no asiste razón al recurrente pues, con independencia de la cuestión técnica que instala, como así propio de la resolución que pueda dictarse, es de toda evidencia que en absoluto puede considerarse a Super Vea ajena a la circunstancia habida, ya que la actora no estableció —ni era su voluntad hacerlo— vínculo jurídico alguno con la empresa de seguridad, siendo del caso que esta persona ingresó a la "gran superficie de compra" como potencial cliente del supermercado y de allí que cualquier vicisitud que pudiera presentarse, máxime con personas vinculadas a una empresa contratada por ese comercio, necesariamente tiene que alcanzar a este último.

Es evidente que la vida moderna, entre las muchas modificaciones que ha traído a nuestros hábitos y costumbres, incluye la necesidad de tener que aceptar —y soportar— ciertas situaciones que, en otras circunstancias, bien podrían habernos parecido inadmisibles. Entre éstas sin duda se encuentra el incontrastable hecho de que ingresar y utilizar la metodología de las llamadas "grandes superficies de venta" (supermercados, tiendas, etc.), cuyo principal rasgo característico podemos hallarlo en el hecho de que la mercadería en venta se encuentra directamente a disposición del potencial cliente, sin que sea necesario el concurso de ningún vendedor para acceder a ella (la idea del viejo "mostrador" y el dependiente que atiende el pedido, queda desterrada y parece más bien contraria al sistema).

Sería una ingenuidad pensar que esta modalidad de venta tiene como único objetivo brindar al comprador la posibilidad de elegir con mayor libertad y sin condicionamientos, pudiendo cotejar productos, precios y calidades sin tener que dar explicaciones —que pueden ser molestas para algunas personas— sobre por qué comprar esto, aquello o nada (este último supuesto lo destaco, por lo que diré luego en orden a la visita que se concreta sin efectuar compra alguna), pues tal modalidad también se traduce en una más dinámica manera de vender, quizá, porque no, de vender más y, muy probablemente, con una sensible disminución de costos de personal.

Con lo dicho quiero significar que si bien los clientes que optan por concurrir a estos lugares deben hacerlo siendo sabedores de que, entre otras cosas, pueden ser registrados en función de medidas de seguridad, la otra cara de la misma moneda supone que quien decide instalar su "negocio" de esta forma deberá arbitrar los mecanismos para que aquellas "medidas de seguridad", generales o

particulares que necesariamente deberá adoptar, no se traduzcan en una mortificación, deshonra u ofensa a sus “clientes”, con lo cual, va de suyo que cualquier “procedimiento” que tenga que realizarse deberá serlo de modo que no afecte aquellos legítimos sentimientos de los eventuales sujetos que puedan verse involucrados, y en este análisis de la situación deberá también mensurarse, de manera para nada menor, las hipotéticas reacciones que cada quien pueda experimentar pues, si es necesario llevar a cabo algún tipo de registro a ciertos clientes, resulta antifuncional, para que el trámite no se complique, contar, fundamentalmente, con la templanza del involucrado.

Y es en lo anterior donde encuentro el núcleo de la cuestión, siendo ello lo que me hará, en el caso, propiciar la confirmación de la sentencia, pues si bien puede tenerse por acreditado que la reacción de la señora Balmaceda puede calificarse de “desmedida”, esto, no sólo tiene que incluirse dentro del cálculo de probabilidades y por ende contarse con mecanismos alternativos —no traumáticos— para resolverlo (evitando a toda costa el incidente), sino que también encuentro que la conducta de los agentes de seguridad no ha sido la que se hubiera deseado en función de aquellos postulados”.

-En los autos caratulados: “PRETTE MONICA BALBINA C/ CASA BEIGE Y/O MOIS CHAMI SACI - DAÑOS Y PERJUICIOS” (Cam. 1º Civ. y Com. Sentencia nº 83 del 20 de noviembre de 1997), se resolvió: “...Las grandes tiendas y supermercados en que la comercialización se realiza con la modalidad de “auto servicio”, tienen derecho a adoptar medidas de control para evitar hurtos, las que pueden incluir, con los debidos recaudos, la solicitud de que los clientes abran sus bolsos o carteras o exhiban los objetos que guarden en sus bolsillos. El requerimiento debe formularse con discreción y respeto, tratando en lo posible que el incidente pase inadvertido para las demás personas que se encuentren en el lugar. Si procediendo de esa forma, se suscita algún escándalo fruto de la intemperancia de la persona sometida a control, a mi modo de ver no tiene porqué resultar comprometida la responsabilidad de los propietarios del establecimiento comercial. En el sub-examen, tal como lo apunta el Vocal preopinante, el personal de seguridad abordó a la actora de manera imprudente, atribuyéndole de entrada y falsamente la comisión de un delito. Por eso es que considero comprobados los extremos necesarios para que progrese la acción resarcitoria deducida en los presentes autos”.

Luego de los fallos expuestos cabe decir que sin perjuicio de que al momento en que se dictaron los mismos no se había producido la reforma legal analizada, los sentenciantes no escatimaron a la hora de responsabilizar al proveedor por el trato indigno o inequitativo al consumidor, siendo responsables, todos los participantes en el evento dañoso, no solo la empresa de seguridad contratada por el proveedor, sino el propio proveedor.

-Por último comparto el criterio doctrinario que establece que “se aprecia en el texto legal, más allá de la mencionada vocación conceptual de la norma, dos manifestaciones concretas de las prácticas que pretenden evitarse. Por un lado, se ataca una conducta usual de los proveedores, la que nos atrevemos de calificar de dudosa constitucionalidad, basada en el principio de igualdad ante la ley, consistente en diferenciar a los consumidores extranjeros de los locales en materia de precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que se comercialicen. Igualmente se acepta una excepción para cuando “la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas” lo considere justificado⁹⁵.

-Por otra parte 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 solo consiste en un engaño, sino que coloca al consumidor en una situación vergonzante e inaceptable

En ésta última temática abordada, la norma está orientada a poner fin a las prácticas relacionadas con métodos de cobranza de morosos, por las que se persigue el cobro de deudas en instancia extrajudicial con apariencia de reclamo judicial.

⁹⁵ Cfr. Jorge Mosset Iturraspe - Javier H. Wajtraub - Ley de Defensa del Consumidor - Ley 24.240 - Protección Procesal de Usuarios y Consumidores por Osvaldo Alfredo Gozaíni, Edit. Rubinzal -Culzoni, Buenos Aires, 2008, pag. 107.

Esta práctica prohibida es la que puede hacer ingresar la responsabilidad del abogado en el ámbito de la defensa del consumidor⁹⁶.

Estos requerimientos son una de las prácticas que se consideran particularmente abusivas, contrarios a la lealtad y buena fe contractuales cuya existencia resulta a la vez fuente de arbitrariedades, ofensas y malos tratos.

Si bien el acreedor tiene derecho a exigir el pago de lo debido, extrajudicialmente o mediante una acción judicial, estos requerimientos debe realizarlos dentro de ciertos límites para no incurrir en prácticas abusivas⁹⁷.

Podrían considerarse prácticas abusivas, contrarias a la buena fe y lealtad contractual, los procedimientos de cobro de deuda llamando en horas inhábiles al Consumidor, o comunicarle la situación de incumplimiento a sus familiares o terceros tales como superiores laborales.

La reforma incorpora de manera expresa mayores resguardos para el Consumidor en estos casos calificando estas prácticas como abusivas y pasibles de las sanciones que especialmente prevé, aplicables ante denuncias de Consumidores por la Subsecretaría de Defensa del Consumidor en el orden nacional u organismos designados como autoridades de aplicación equivalentes en cada una de las provincias y la ciudad de Buenos Aires.

-En la última parte de la norma se establecen las herramientas a los fines de la sanción y reparación, que persiguen la efectiva vigencia y ejercicio de los derechos de los Consumidores, a los fines de su eficiente tutela y protección.

La nueva disposición autoriza de modo expreso al ente de contralor a la imposición de una multa civil establecida por la reforma en el art. 52 bis como "daño punitivo", además de las otras sanciones contempladas en la ley, siendo responsable no solamente el proveedor sino también en forma solidaria "quien actuare en nombre del mismo".

IV. CONCLUSION

Con la incorporación a la Ley de Defensa del Consumidor del art. 8 bis, se vienen a plasmar, en forma específica los valores consagrados por nuestra Constitución Nacional.

Se trata de un nuevo artículo que de modo expreso y genérico exige a los proveedores condiciones de trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios, acoplándose así lo preceptuado por el art. 42 de nuestra carta magna.

Prohíbe la nueva disposición toda diferenciación entre consumidores nacionales y extranjeros, salvo autorización expresa de la autoridad de aplicación y cuando la misma obedezca a razones de interés general. Esta disposición puede ser perjudicial para determinados consumidores nacionales, sobre todo en lugares de turismo donde es común encontrar tarifas preferenciales para los nacionales que pagan con una moneda depreciada.

Asimismo la norma pretende poner fin a ciertas prácticas relacionadas con métodos de cobranza de morosos, en donde se procura exigir el pago de una deuda en instancia extrajudicial invistiendo el requerimiento la apariencia de reclamo judicial. Por lo que se estaría afectando ilegítimamente la intimidad y dignidad del deudor, constituyendo una práctica abusiva, en donde consideramos que la responsabilidad del abogado que representa al proveedor debería ser solidaria por los daños causados al consumidor.

⁹⁶ Vazquez Ferreyra, Roberto y Avalor Damián, "Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor y Usuarios", La Ley 20085-D, 1063.

⁹⁷ Congreso Nacional de Derecho - Ponencia: Evolución del derecho del Consumo en nuestro país desde sus 1º esbosos a los albores de la ley 26.361 - Trato equitativo y Digno - Prácticas Abusivas - Venta Domiciliaria - Karina Alejandra Elena Acosta.

Por último la nueva disposición autoriza de modo expreso al ente de contralor a la imposición de una multa civil, llamada por la reforma en su art. 52 bis "daño punitivo", además de las otras sanciones contempladas en la ley, siendo responsable no solamente el proveedor sino también en forma solidaria "quien actuare en nombre del mismo".

Es evidente que, toda actividad que se lleve a cabo, que perturbe, limite o restrinja el derecho a desarrollar la actividad de las personas, que afecte su honor o la naturaleza humana, es una conducta incompatible con el respeto debido a la dignidad humana, cuya protección es el cimiento de todo el orden constitucional, el cual se sustenta en que las personas puedan desarrollar su vida en condiciones de dignidad y decoro.

Necesitamos instalar una cultura constitucional encarando el desafío de un cambio de conductas, tanto para el ciudadano como para las autoridades de aplicación, con la garantía de una tutela judicial efectiva e independiente.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 1 DE MARZO DE 2011

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240, Ley 24.240 Art. 8 Bis, Ley 24.240 Art. 52 Bis, LEY 26.361

REF. BIBLIOGRAFICAS

-Jorge Mosset Iturraspe - Javier H. Wajntraub - Ley de Defensa del Consumidor - Ley 24.240 - Protección Procesal de Usuarios y Consumidores por Osvaldo Alfredo Gozaíni, Edit. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2008.

-Código Civil de la República Argentina con todos los valores agregados legis - Abril 2010 - 2011, Edit Legis, Buenos Aires - Ley 24.240.

-Vazquez Ferreyra, Roberto y Avalor Damián, "Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor y Usuarios", La Ley 20085-D, 1063.

-Santarelli Fulvio G. "Novedades en el régimen de contratación con el consumidor", en Suplemento especial La Ley. Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor.

-Suplemento de Derecho del Consumidor y Regulación de Servicios Públicos - El Dial.com.

-Ponencia del Congreso Nacional de Derecho - Evolución del derecho del Consumo en nuestro país desde sus 1º esbosos a los albores de la ley 26.361 - Trato equitativo y Digno - Prácticas Abusivas - Venta Domiciliaria - Karina Alejandra Elena Acosta.

La responsabilidad del banco por los daños derivados de la utilización de cajeros automáticos

BRIZZIO, CLAUDIA R.⁹⁸

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 7 DE DICIEMBRE DE 2010

SUMARIO

BANCOS-CONTRATOS BANCARIOS-OPERACIONES BANCARIAS-CAJERO AUTOMÁTICO-CONTRATOS CONEXOS-CONTRATOS DE ADHESIÓN-CLÁUSULAS PREDISPUESAS-DEBER DE INFORMACIÓN-DAÑOS Y PERJUICIOS-RESPONSABILIDAD DEL BANCO-CONSUMIDORES-RELACIÓN DE CONSUMO-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

I.-Introducción.- Los cajeros automáticos, son dispositivos que permiten realizar operaciones efectuadas con tarjetas autenticadas por un número de identificación personal de cuatro cifras ("PIN"). La tarjeta puede ser enviada al cliente junto a su PIN, en ocasiones en forma separada. En otros casos, el mismo cliente es quien debe activar su clave personal para que ésta pueda ser utilizada a través de un cajero automático. Los bancos adoptan una variedad de métodos técnicos y operacionales con el objeto de limitar el número de personal de la entidad que pueda obtener acceso a la clave personal introducida por el cliente en su tarjeta plástica. Es decir, que para que el banco pueda identificar el "PIN" correcto del cliente con uno incorrecto, debe tener conocimiento de aquel que ha introducido el cliente al momento de la utilización de la tarjeta en uno de los cajeros automáticos habilitados al efecto. En términos generales, las reglas generales para el uso de las tarjetas en cajeros automáticos son similares a las que rigen para las transacciones con las tarjetas en presencia del cliente, tomando como ejemplo aquellas operaciones efectuadas en un comercio en forma personal mediante una tarjeta de débito. Sin embargo, los riesgos difieren en algunos aspectos. En efecto, en el caso del uso de la tarjeta para depósito o extracción en un cajero automático, su autenticidad puede verificarse solamente por medios técnicos, y estos mecanismos pueden generar fallas que pongan en duda su eficacia, con la consiguiente responsabilidad que ello genera⁹⁹.

Otras definiciones han sido adoptadas por entidades bancarias al detallar la oferta de sus servicios, y se refieren en estos casos a las operatorias mediante Instrumentos Electrónicos. Mencionan que estos instrumentos electrónicos posibilitarán el uso de los servicios del Banco a través de medios electrónicos o de comunicación o transmisión de datos entre el Banco y el Cliente (Canales Alternativos). Y se encuentran comprendidos dentro de esta definición los siguientes: Banca en Internet (Sucursal Internet), Terminales de Autoservicio, Cajeros automáticos (ATMy s) —la negrita es propia— etc.¹⁰⁰.

Es decir, que el empleo de cajeros automáticos constituye un servicio mediante el cual, además de ofrecer al cliente una nueva opción para operar, brinda al banco un beneficio en razón de la agilidad y celeridad que dicha modalidad de ejecución de depósito le ofrece y que ello le permite atraer un mayor número de clientes, evitando innecesarios aglutinamientos de personas en sus sucursales como, asimismo, la disposición de recursos humanos a fin de asistir a consecuentes requerimientos¹⁰¹.

2.- Legitimación activa del accionante a la luz de la normativa de la ley de Defensa del Consumidor 24.240 y 26.361.- Abordamos el tema de la responsabilidad de las entidades bancarias, trascendiendo

⁹⁸ Abogada. Profesora Adjunta regular de Contratos, Facultad de Derecho, UNMDP. Titular de los Seminarios de Derecho Informático I y II, Facultad de Derecho, UNMDP. Directora del Grupo de Investigación de Informática y Derecho, Instituto Santiago Nino, UNMDP.

⁹⁹ Estas fallas han sido estudiadas en detalles por Ross Anderson del Anderson of Cambridge University Computer Laboratory in "Why Cryptosystems Fail and Liability and Computer Security; Nine Principles (Anderson 1993, Anderson 1994

¹⁰⁰ Definición tomada del Nuevo Banco Comercial S.A.; V. Instrumentos Electrónicos, 56&) Definiciones.

¹⁰¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, Ciarfaglia Nicolás Luis c/ Citibank N.A. s/ ordinario, 30-jun-2010.

su actividad financiera o como instrumento de crédito. En este punto tratamos la problemática de la legitimación activa frente a los daños generados en ocasión o teniendo como causa la actividad derivada de la utilización de los cajeros automáticos que las mismas entidades ponen a disposición de los usuarios. Cuando el damnificado es cliente directo de la entidad bancaria, es decir, cuando ha suscripto con la misma un contrato de servicios bancarios y utiliza un cajero automático ubicado en alguna de sus sucursales, la cuestión genera menos interrogantes. Sin embargo no resulta tan clara la situación cuando se trata de determinar el rol del banco ante el daño patrimonial sufrido por un usuario del servicio bancario, cuando el damnificado no es cliente del Banco en cuyo recinto se hallaba el cajero automático utilizado. El tema fue tratado en diversos pronunciamientos administrativos y judiciales, que resultan esclarecedores al abordar la procedencia del usuario del servicio de su legitimación activa para efectuar el reclamo pertinente, y de la legitimación pasiva del Banco para responder por los daños ocasionados¹⁰².

El primer tema de debate, refiere a la situación en la que el Banco, de una de cuyas sucursales se había operado con una tarjeta de débito mediante la denominada RED BANELCO- adopta la postura de sostener que el consumidor del servicio bancario, mantiene una relación contractual exclusivamente con la entidad bancaria que se lo proporcionó en forma directa, es decir, con quien contrató tales servicios, relacionados con una cuenta corriente u otro servicio relacionado. Es decir, cuando ésta última entidad bancaria es la que hizo entrega de la tarjeta plástica utilizada en el cajero automático, le entregó la tarjeta de débito con la que dice haber realizado la extracción en cuestión y que la extracción se realizó en un cajero de la firma BANELCO/LINK o similar, que se encontraba en una de sus sucursales. Es decir que aquí la vinculación de consumo entre el usuario y el banco co contratante no se cuestiona. El proveedor de servicios bancarios está incluido dentro de la normativa de la ley de Defensa del Consumidor y la denunciante ha contratado en forma directa con el Banco referido. Tampoco se puede dudar sobre la procedencia de la obligación de información a la que está obligado el contratante directo, que no sólo abarca los derechos y obligaciones derivadas de las prestaciones principales contratadas, sino también las implicancias fácticas y jurídicas derivadas del contrato de servicios bancarios. Sobre el tema en cuestión, citamos la obligación de información derivada de la utilización de una tarjeta magnética con la que el cliente podrá operar desde cualquier cajero automático, sea éste del mismo Banco o de otro autorizado para ello. No obstante, trataremos específicamente esta obligación en particular.

Con relación a quien puede efectuar el reclamo y contra quien puede esperar el usuario el resarcimiento, la jurisprudencia es conteste en sostener que existe un sistema de contratos en el cual queda comprendido el contratante directo y quien interviene en la operación en forma global, a lo que agrega que existe una relación de consumo entre el usuario y el Banco extraño a la relación contractual directa, pero cuyos cajeros automáticos están a disposición de los clientes de otros bancos adheridos a la misma red BANELCO/LINK, u otras similares.

Al respecto, el banco que no resulta ser el contratante directo con el usuario, puede ser condenado por el daño generado por el mal funcionamiento del sistema de cajeros automáticos ubicados en sus sucursales. Es que en el marco legal vigente en la actualidad sobre todo después de la reforma a la ley 24.240 por ley 26.361, no abriga duda alguna de que la entidad bancaria recurrente es uno de los posibles sujetos pasivos legitimados para el reclamo nacido de la concreción de una indudable relación de consumo nacida al momento de utilizar el usuario un cajero automático ubicado en una de sus sucursales y a disposición del público bancarizado en general¹⁰³ (5). Es decir que "la relación de

¹⁰² "Dirección General de Defensa del Consumidor y Protección de Derechos c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ Contencioso Administrativo - Presunta Infracción Ley 24.240"-Expte. N° 590, año 2009, ciudad de Trelew, Provincia de Chubut, en la causa: "Cám. NacApel. Com. Sala C, "Rossen Bárbara Laura c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ Ordinario, 27/02/2009; CámNac. Apel e lo Com. Sala D, 15/05/2007, entre otros.

¹⁰³ Voto del Dr. Lucero en "Dirección General de Defensa del Consumidor y Protección de Derechos c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ Contencioso Administrativo - Presunta Infracción Ley 24.240" (Expte. N° 590 - año 2009). Cámara de Apelaciones, Sala "B".

consumo puede ser generada por un contrato, un acto unilateral o un hecho jurídico” (CSJN, “Ferreira, Víctor y Otro c/ V.I.C.O.V.S.A. s/ Daños y Perjuicios”, 21/03/2006).

Resaltamos especialmente que el Art. 3º de la ley 24.240 en su texto actual, en concordancia con el texto del Art. 42 de la Constitución Nacional, alude a “la relación de consumo” al anunciar ciertos derechos de los consumidores y de los usuarios. Asimismo, el Art. 2º de la L.C., define al proveedor como “la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada que desarrolla de manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de producción...comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios”.

Esta situación del usuario con respecto al uso de cajeros automáticos, está prevista también en entidades bancarias próximas a nuestro territorio, como Uruguay, entre otros en donde está expresamente prevista en sus disposiciones el uso de los cajeros automáticos y las consecuencias de su utilización en el punto que nos ocupa. En el caso testigo que comentamos, se informa que El Banco entrega al Cliente una tarjeta que le permitirá realizar desde los Cajeros Automáticos las operaciones correspondientes. El Banco ha contratado la prestación de un servicio de transferencia electrónica de fondos por medio de la Red de Cajeros Automáticos y pondrá a disposición del Cliente, en diversos puntos del país, Cajeros Automáticos, con la finalidad de ampliar al máximo el tiempo de prestación de sus servicios, no limitándose tampoco a las Sedes donde el banco tiene instaladas dependencias propias¹⁰⁴. Pero en el caso citado prevé la solución contraria cuya aplicación sostenemos, toda vez que establece que: El Cliente reconoce expresamente que el servicio contratado es prestado por el banco. En consecuencia, por los daños y perjuicios que pudieren ocasionarse al Cliente, éste no podrá intentar acción de reclamación Judicial o extrajudicial alguna contra la Empresa que administra la Red, aún en el caso que pudiera existir responsabilidad de ésta, estando legitimado únicamente para reclamar contra el banco, sin perjuicio de los derechos de éste de repetir contra la Empresa si correspondiera¹⁰⁵. Esta cláusula resultaría absolutamente nula al aplicar la legislación vigente, no sólo por encuadrarse dentro de los parámetros de cláusulas abusivas de la Ley de Defensa del Consumidor (Art. 37) sino también por la aplicación de la teoría desarrollada por la doctrina sobre contratos conexos a que haremos referencia más adelante.

Es decir, que al momento de evaluar la legitimación activa del usuario que ha contratado con otra entidad bancaria, es lícito demandar a la misma si el daño se ha generado por el mal funcionamiento de uno de los cajeros automáticos ubicados en cualquiera de sus sucursales. Pero también es factible accionar contra aquella entidad bancaria adherida al sistema de cajeros automáticos referenciada, aunque no haya contratado en forma directa con el primero. Consideramos que con relación a la legitimación pasiva para efectuar un reclamo por daños, debe tenerse en cuenta el aspecto expansivo del concepto de consumidor plasmado en la nueva ley 26.361, cuya solución compartimos. Porque efectivamente el sistema actual de protección del consumidor, abarca también a quienes no son consumidores por la calidad de adquirente de la cosa o servicio en forma directa, sino porque, como lo agrega la ley 26.361 “... se parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella ...] y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo (art. 1 *in fine*). Esto es, doctrinalmente, aún antes de la reforma aludida ya se expresaba que debía establecerse una marcada identidad entre el concepto amplio de cliente bancario, no ceñido rigurosamente a una relación contractual, y el concepto genérico de consumidor o usuario. Así lo sostuvo el Dr. Lucero en su fallo, con profusa cita de doctrina, con la que concordamos plenamente. (“Dirección General de Defensa del Consumidor y Protección de Derechos c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ Contencioso Administrativo - Presunta Infracción Ley 24.240” (Expte. N° 590 - año 2009). Cámara de Apelaciones, Sala “B”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Nuevo Banco Comercial S.A.; V. Instrumentos Electrónicos, V. 79&).

¹⁰⁵ Nuevo Banco Comercial S.A.; V. 85&).

¹⁰⁶ Conf. Barbier, Eduardo Antonio, en “Contratación bancaria. Consumidores y usuarios”, Ed. Astrea, año 2000, pág. 73 y sgtes., & 25 y 26; ídem, Piedecasas, Miguel A., “Los servicios y la ley de defensa del consumidor”, Rev. De Der. Priv. y Com., Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2005-2,, “Contratos de Servicios-II, Págs. 295/333; ídem, Farina, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, Ed.

Esta nueva postura para nuestro derecho, admitida por la Cámara cuyo fallo comentamos, no es novedosa en el derecho moderno. Tanto el Código de defensa del consumidor brasileño (artículo 17) como la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) 83/374/CEE del 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad civil derivada de productos defectuosos (artículos 1 y 9) otorgan acción por daños al tercero damnificado por un producto o un servicio.

Uruguay también contempló la inclusión de la “relación de consumo”, como es 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. La provisión de productos y la prestación de servicios que se efectúan a título gratuito, cuando ellas se realizan en función de una eventual relación de consumo, se equiparan a las relaciones de consumo. (ver: Decreto número 244/000 de 23 de agosto de 2000.). Se pone de manifiesto de este modo una tendencia expansiva del sistema, pues la protección al consumidor se refiere fundamentalmente a la protección del individuo particular¹⁰⁷.

3.- Deber de información.- La información se considera como un instrumento esencial en la protección de aquella parte que se encuentre en situación de inferioridad respecto de la otra. En este sentido es claro que la pura desigualdad de conocimientos entre dos potenciales contratantes adquiere especial relevancia en aquellos casos en los que existe la imposibilidad o gran dificultad de obtener por sí solo la información precisa. En estos casos la buena fe impone al otro negociante el deber de comunicar los datos relevantes para la contratación y de los que tenga o debiera tener conocimiento; su finalidad es claramente protectora de una de las partes, compensando la desigualdad existente entre ambas¹⁰⁸.

En cuanto al tema particular de la utilización de los cajeros automáticos, incumplimiento del deber de información previsto en el Art. 4 de la ley 26.361, los jueces consideraron en forma reiterada, que se ha faltado a este deber cuando el Banco no ha informado al usuario que, en caso de utilizar ese mecanismo, para realizar un depósito o una extracción, sea en una de sus sucursales o por medio de la RED BANELCO ubicada en otras sucursales de Bancos autorizados, el cliente asumía los riesgos vinculados a una eventual discrepancia entre, la suma de dinero que el banco informa como entregada en el comprobante, por una parte, y la efectivamente recibida.

Es evidente que lo que no se tolera es “disimular, ocultar o desvirtuar circunstancias importantes”, actitud que ha sido repudiada por los jueces argentinos¹⁰⁹. Advirtiéndose que la publicidad es uno de los medios idóneos para garantizar esa libre elección, tanto la legislación anterior como la actual ley 26.361 otorgan al consumidor, legitimación activa para plantear la nulidad —total o parcial— del contrato, cuando el oferente transgrediere el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial. En los casos en que el juez declara la nulidad parcial, simultáneamente integra el contrato, si ello fuere necesario (artículo 37 párrafo 6º). En este punto la nueva ley modifica parcialmente el artículo 4º, relativo al deber de información, agregando la obligación de informar sobre las condiciones de comercialización. Agrega asimismo un último párrafo que indica que “La información deberá ser siempre gratuita par el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión”.

Astrea, 3ra. ed., año 2004, págs. 103 y sgtes., & 26; ídem, Mosset Iturraspe, Jorge “El cliente de una entidad financiera -de un Banco- es un consumidor tutelado por la ley 24.240”, en J.A., 1999-I-84; ídem, Frustagli, Sandra A., “Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, en Rev. de Der. Priv. y Com., T. 2009-1, “Consumidores”, págs. 225 y sgtes.; ídem, Alterini, Atilio A., “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después”, L.L., 2008-b, 1239).

¹⁰⁷ BERCOVITZ, R., “Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores”, Madrid, 1987, ALTERINI, A.A., “Los contratos de Consumo”, en La Ley, 7/10/93, pág. 3).

¹⁰⁸ GHESTIN: *Traité de Droit civil, Les obligations. Le contrat*, LGDJ, Paris 1980, nº 466 y ss, JUGLART M., *L'obligation de renseignements dans les contrats*, en Rev. Tr. Dr. Civ., 1945. p. 9-13.

¹⁰⁹ L.L., t. 1981-B. p.550, 35.841-S).

Cabe agregar que el deber de información constituye una obligación de resultado, pues la ley exige que esa información cumpla determinados y precisos contenidos. Por lo tanto, la sola verificación del incumplimiento hace responsable a la obligada, con prescindencia de cualquier circunstancia vinculada con la intencionalidad del sujeto¹¹⁰.

A su vez, diversas legislaciones se refieren a esta obligación, como el Código de defensa del consumidor brasileño que se ocupa de la cuestión en sus artículos 6, apartado IV, y 36 a 38; la ley del consumidor peruana lo regula en sus artículos 5 inciso d, 15 y 16.

Avala asimismo esta postura, la violación por parte de la entidad bancaria del art. 42 de la Constitución Nacional, que estipula 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.

Por otro lado, el nuevo artículo 3° de la ley 26.361 agrega la regla de favor debitoris: “en caso de dudas en cuanto a los alcances de la obligación” del consumidor, se estará a la que sea menos gravosa (artículo 37, Párr. 2°, ley 24.240). En Argentina se propicia incluso la incorporación de estas soluciones al Código Civil. Se consideran particularmente los “principios” que establece la legislación de defensa de los consumidores. Estos principios a los que refiere, surgirán del análisis del conjunto del sistema, toda vez que la misma no hace referencia expresa a éstos en forma específica; entendemos que el principio “*in dubio pro debilis*” será la piedra basal del mecanismo inductivo necesario para ello.

Además, agrega la ley, el sistema general de la misma puede verse modificado en casos especiales, tales como aquellos en los que “el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.” (Art. 3° *in fine*). En el caso de la responsabilidad del banco por la utilización de cajeros automáticos, tendremos en cuenta además la normativa específica elaborada por las Circulares del Banco Central de la República Argentina, en lo que respecta a las normas de seguridad que las entidades bancarias deben observar para el registro y filmación de los hechos ocurridos dentro de sus respectivos locales.

Es que la profesionalidad de una de las partes es una de las circunstancias determinantes a la hora de atribuir un deber de informar, sobre todo cuando la otra parte fue un lego; lo mismo ocurriría, como lo mencionamos anteriormente cuando media cualquier otro motivo especial de confianza de uno de los contratantes¹¹¹.

Otro de los motivos que hacen ineludible el cumplimiento de la obligación de información es la complejidad que implica el contrato de que se trate. Porque uno de los contratantes, —el Banco co contratante de la actora— es un profesional o experto, conocedor de las particularidades del contrato, bien o servicio de que se trata; por lo que de ser el otro lego en la materia, nos hallaríamos ante otra de las razones tenidas en cuenta por el régimen protectorio del consumidor y a su derecho a ser informado, tanto ante la existencia de un contrato efectuado directamente con el proveedor directo (banco con el que se ha contratado el servicio bancario) o en ocasión de una relación de consumo - sistema de cajeros automáticos en sucursales de otros bancos, o Redes Link, BANELCO. Este fue el criterio adoptado también por la Cámara Federal de Mar del Plata¹¹² en el que el Dr. Tazza expresó que “... Aun cuando no exista una relación contractual entre la firma prestadora del servicio de cajeros automáticos que retuvo una tarjeta de débito y el titular de la misma, no debe excluirse por ello la aplicabilidad de la ley 24.240 desde que la relación de consumo es un concepto más amplio que abarca todas las circunstancias que constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores

¹¹⁰ Cámara Federal de Mar del Plata, en autos “Red Link c. D.N.C.I. DISP. 544/07 y otros, 2009/06/18; Gozaini, Osvaldo Alfredo, “Protección procesal del usuario y consumidor”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2005, pág. 403).

¹¹¹ JUGLART M., L'obligation de renseignements dans les contrats, Rev. Tr. Civ., 1954, p. 13-16.

¹¹² Red Link c. D.N.C.I. DISP. 544/07 y otros, 2009/06/18.

y usuarios. ...] y que "...La Constitución Nacional, en su art. 42, no se refiere al "contrato de consumo" sino a los derechos de los consumidores y usuarios "en la relación de consumo". Obsérvese que esta expresión es lo suficientemente amplia para abarcar "a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios"¹¹³. "La contraparte del consumidor y obligado al cumplimiento de la ley de defensa del consumidor, se halla constituida por 'todas las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios...' (Art. 2, ley 24.240) ...] dentro de ese concepto de servicios queda incluido el de la prestación del servicio de cajeros automáticos (...) dentro de ese concepto no sólo quedan atrapados como proveedores el Banco o Entidad Financiera sino también todos aquellos que intervienen en el circuito económico"¹¹⁴. El servicio de cajeros automáticos es prestado por los bancos como accesorio, y genera numerosos vínculos —más allá de la relación entre el titular de la cuenta y la entidad financiera— "hasta implicar a terceros que no participaron en la contratación del servicio" (Jabif-Pastore, ob. cit.). Como o resaltamos anteriormente, "la relación de consumo puede ser generada por un contrato, un acto unilateral o un hecho jurídico"¹¹⁵.

Resaltamos en este punto que la referida complejidad puede referirse tanto al producto o servicio objeto del contrato, como a sus reglas jurídicas; respecto de este último aspecto se ha dicho que ha de tomarse como punto de referencia el derecho dispositivo y que habrá tanto más deberes especiales de información cuanto más se alejen de ese derecho las reglas del concreto contrato que está siendo negociado y cuanto más imprevisibles o desventajosas sean para quien se va a someter a ellas en virtud del contrato¹¹⁶. Lógicamente que si tales reglas específicas y que denotan una complejidad técnica son insertas en cláusulas generales de contratación o en contratos de contenido predispuesto, el criterio de interpretación a favor del no predisponente y la obligación de informar sobre las consecuencias jurídicas del mismo se torna más estricto¹¹⁷.

No es casual que la nueva normativa se haya ocupado especialmente de las obligaciones emergentes de las operaciones financieras y de crédito. La nueva ley 26.361, refuerza aún más esa protección, disponiendo normas especiales relativas al deber de información en general, y en particular, cuando se trata de operaciones financieras.

En efecto, la ley 24.240 disponía en su artículo 36 aquellos datos que el proveedor de tales servicios debía proporcionar al usuario de éstos, bajo pena de nulidad. La nueva ley sustituye el anterior artículo, mantiene el mismo efecto en caso de incumplimiento, y amplía considerablemente el rango de información a que el proveedor está obligado, previendo puntuales requisitos.

4.- La buena fe, tecnología en las operaciones bancarias y las características de la responsabilidad ante la utilización de sistemas expertos. Tal como lo plantea la doctrina moderna, el problema de la atribución en las relaciones de consumo debe ser reformulado. En la sociología actual se ha estudiado

¹¹³ Farina, Juan M.; "Defensa del consumidor y del usuario", Ed. Astrea, Bs. As., 1995, pág. 7.

¹¹⁴ Jabif, Hernán Matías y Pastore, Augusto Omar; "Relación de consumo: los cajeros automáticos", DJ 2007-II, 1037).

¹¹⁵ "CSJN, "Ferreira, Víctor y Otro c/ V.I.C.O.V.S.A. s/ Daños y Perjuicios", 21/03/2006).

¹¹⁶ BRANDNER H. E., *Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe vom Verbraucherkredit*, ZHR, 153 (1989,p. 151, cit en GOMEZ CALLE, E, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994, p 94.

¹¹⁷ La Cámara Nacional de Apel. En lo Civil Sala G, dictaminó al respecto que "...-Es equiparable la suscripción de un acta de adhesión de socios para un emprendimiento inmobiliario a los contratos onerosos con relación a inmuebles, contemplados en el art. 1º de la ley 24.240 de defensa del consumidor. Por tanto, siendo un contrato con cláusulas predispuestas debe ser interpretado a la luz de los principios rectores de la citada norma, es decir, en el sentido más favorable al consumidor, pues en tales convenios se evidencia un contraste de manifiesta superioridad frente a otro en clara desventaja, pues el primero es quien impone las condiciones generales traducidas en formularios uniformes y redactados unilateralmente. (Montoto César Rodrigo c/ Tarraubella Emprendimientos Urbanos S.A. y otro s/ resolución de contrato, 27-06-2008)

el funcionamiento "Sistemas Expertos"¹¹⁸, los que son calificados como sistemas de logros técnicos o de experiencia profesional que organizan grandes áreas de entorno material y social en que vivimos. ...]. Siempre suponemos que alguien se ha ocupado de que las cosas funcionen. Ese alguien no es un sujeto conocido y responsable de sus actos, como ocurre con el almacenero del barrio; se trata en cambio de un sistema, que puede aparecer ante el consumidor como una persona amable, pero que es solo un empleado, cara anónima y no responsable. Como expresa la doctrina, el sistema es inextricable pues la complejidad técnica que presenta es abrumadora; es anónimo porque no se puede conocer el dueño ni al responsable. Sin embargo, el sistema genera fiabilidad a través de su funcionamiento reiterado, las marcas, el respaldo del Estado, y otros símbolos¹¹⁹.

Las pruebas que realiza el consumidor para verificar la seriedad son muy pocas y generalmente inocuas; se basa en un conocimiento inductivo débil. No se trata de un problema de negligencia, como lo refiere el autor citado precedentemente, sino de una necesidad. La creación de confianza produce una modificación en la carga de auto información y una traslación del riesgo derivado de las asimetrías informativas. Así como el tercero no va a pedirle al empleado de la ventanilla sus poderes o al factor, ya que se establece una regla presuntiva de representación que lo releva de esa carga. Si hubiera errores o discordancias, es el creador de la apariencia quien los soporta¹²⁰. En el caso del uso de sistemas automáticos implementados por los bancos, tales como los cajeros automáticos o terminales en los que se puede efectuar extracciones y/o depósitos, es claro que es la propia entidad quien establece los mecanismos para que el consumidor efectúe diversas operaciones mediante sistemas expertos, impuestos y controlados por éste. Por lo tanto la confianza generada en el profano -en este caso el usuario perjudicado- debe ser respaldada jurídicamente, tanto en el establecimiento de presunciones, como mediante imputaciones de responsabilidad, utilizando para ello la regla de la apariencia jurídica. Adherimos al criterio que los jueces siguen actualmente en sus pronunciamientos, al entender que se habría incurrido en franca violación al principio de buena fe que debe regir en los contratos, tanto en su etapa previa, como durante la ejecución de éstos (art. 1198 C. Civil).

Es preciso destacar, que en los últimos tiempos, debido a la alta concentración e intensa concurrencia en la actividad bancaria, junto con el desarrollo de la nueva tecnología, se ha configurado un mercado bancario novedoso y dinámico, con productos que se podrían llamar no tradicionales. Entre ellos mencionamos las tarjetas de débito, el dinero digital, el e-banking, los sistemas de atención telefónica, entre otros. Estos productos o servicios bancarios que dan contenido a las denominadas "operaciones neutras" lejos de producir beneficios económicos a los bancos son muchas veces de las más relevantes fuentes de ingresos, sino la más importante¹²¹.

Y para la utilización de estos sistemas complejos, un elemento indispensable es la confianza que genera el experto. En este sentido, la Cámara Nacional en lo Comercial —Sala A— ha dicho en el fallo "Avan S.A. contra Banco Tornquist S.A. s/ Ordinario" que: "La confianza es un principio jurídico de naturaleza ético social, que cumple un decisivo papel ya que se basa en el deber ético de no defraudar las expectativas legítimas y fundadas suscitadas en otros. Es en la vida moderna donde se advierte una creciente necesidad de su protección, ya que la rapidez y automatización de la comercialización de bienes y servicios impide que el partícipe del tráfico, —especialmente el consumidor y/o usuario—, verifique exhaustivamente los diversos aspectos de las operaciones que realiza, de manera que lo que no puede comprobarlo por sí mismo debe asumirlo como acto de confianza. Quien actúa sin

¹¹⁸ GIDDENS, Anthony, *The consequences of modernity*, Polity Press, 1990, con trad. Al castellano: *Consecuencias de la Modernidad*, cil. Lorenzetti, R. en *Tratado de los Contratos*, Tomo III, pág. 862, Santa Fé, 2000.

¹¹⁹ LORENZETTI R. *Tratado de los Contratos*, Tomo II, Pág. 863, Santa Fé, 2000

¹²⁰ LORENZETTI R. *Tratado de los Contratos*, Tomo II, Pág. 167, Santa Fé, 2000.

¹²¹ Con cita de :Saravia Frías, Bernardo, "Reflexiones sobre derecho bancario moderno", en *Rev. de Der. Priv. y Com.*, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2005-3 "Contratos bancarios", págs. 7 y sgtes.).

consideración a la expectativa suscitada en el cliente, contraviene a la vez lo ético y lo jurídico, lo cual comporta una violación del deber de respeto “al otro”, a la persona, que es un fin en sí misma.

Es sabido que las relaciones entre una entidad bancaria y su clientela descansan sobre un presupuesto básico de confianza, la que además es propiciada y estimulada por los mismos bancos, a través de mecanismos publicitarios y/o de marketing que generan esa expectativa entre sus clientes actuales o potenciales. De modo que la conducta descripta del banco aquí denunciado, genera en el usuario y/o cliente un sentimiento de desconfianza e incertidumbre que atenta gravemente contra el principio de la confianza, fundamental en este tipo de relación¹²².

En efecto, el hecho de que alguien aproveche de las cláusulas del contrato para lograr sus deseos individuales, sin consideración a la confianza que su palabra y/o su profesionalidad inspiró a aquella, produce como consecuencia que el destinatario se sienta burlado, abusado, no respetado como persona con dignidad, “sino utilizado como puro medio para los fines individuales del promitente desleal”¹²³.

En síntesis, el cliente —parte débil en la relación contractual— deposita su confianza en el banco ya que éste debe actuar regido por el standard ético del “buen profesional” en razón de su alto grado de especialización y por ser un colector de fondos públicos, razón por la cual el interés general exige que actúe con responsabilidad. En este sentido, la Sala B de la Cámara Nacional en lo Comercial sostuvo que “...el banco es colector de fondos públicos y el interés general exige que los servicios que presta funcionen responsable y adecuadamente, pues los consumidores descuentan su profesionalidad” (in re Martino Héctor y otro c/ Banco Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario).

En efecto, toda vez que el cajero automático o terminal desde donde es factible extraer dinero, o depositarlo, o utilizar una tarjeta de débito, es un mecanismo dispuesto por el Banco, que permite mediante la denominada Red BANELCO, la posibilidad de efectuar diversos tipos de transacciones, como depósitos, extracciones, pagos de servicios, etc.. El mecanismo está bajo el exclusivo y excluyente ámbito de control del banco y las entidades relacionadas, y por lo tanto es responsable de los daños derivados de la inexactitud derivada del mal funcionamiento del sistema implementado y el daño que se genere por tal causa.

Resultaría arbitrario e irrazonable imputar esta obligación probatoria a la autoridad administrativa o bien al usuario que, al no tener posibilidad de supervisión o control alguna sobre el proceso de arqueo de los cajeros de la apelante, no está en condiciones de demostrar, luego de efectuada la operación de extracción o depósito del dinero requerido y ante la inexistencia de la entrega o acreditación por parte del mecanismo. Como lo ha pretendido en algún caso la entidad bancaria, estamos en contra de la postura que pretende otorgarle valor probatorio a la mera acta firmada por empleados del banco en cuya sucursal se efectuó la operación denunciada, en la que afirman la inexistencia de diferencias en el arqueo de caja del banco, cuando es justamente contra este tipo de irregularidades que el consumidor debe ser protegido mediante la utilización de mecanismos ajenos a los mismos empleados de la entidad denunciada.

En ese contexto, la jurisprudencia ya ha resuelto en casos similares que, “la constancia emanada de los empleados del mismo banco resulta por sí sola claramente insuficiente para demostrar en forma cierta e indubitada que existió la diferencia dineraria invocada, puesto que se trata de un documento

¹²² Actuación de la Defensoría el Pueblo e la Ciudad de Buenos Aires, n° 7083/07, iniciada por la señora S.C.S., quien 4 de septiembre de 2008.- La denuncia al Banco Santander Río S.A. por diferencias entre el monto depositado en un cajero automático y el efectivamente imputado por la entidad Buenos Aires 4-9-2008.

¹²³ REZZONICO, J.C., Contratos con Cláusulas Predispuestas, Condiciones Negociales Generales Capítulo XI - D); Rezzónico J.C., Principios Fundamentales de los Contrato”, Capítulo XIV, en particular n° 242 pág. 382 con cita en sentido coincidente de Recaséns Siches, Tratado general de filosofía del derecho”, p. 616 y ss.; VALLESPINOS, C. G., El contrato por Adhesión a Condiciones Generales, pág. 314.

privado emanado de una de las partes y suscripto por sus dependientes, características que disminuyen notablemente su eficacia probatoria¹²⁴. De conformidad con la normativa de aplicación, el banco se encuentra obligado, al momento de la apertura de una cuenta que implique la entrega de una tarjeta para ser utilizada en los cajeros automáticos, a notificar a los usuarios sobre la mecánica de su funcionamiento y los recaudos a adoptar —Comunicación BCRA “A” 2530—. Por su parte, las normas regulatorias señalan que es exclusiva responsabilidad de las entidades bancarias, instrumentar un sistema de seguridad que garantice la veracidad de las operaciones mediante cajeros automáticos —Comunicación BCRA “A” 3682— resultando insuficiente el simple conteo manual por parte de empleados de la entidad.

Como lo ha sostenido la jurisprudencia dominante, “La confianza —como en otros ámbitos— exige en este aspecto que las partes honren las expectativas que han generado en los demás; y no sólo una vez celebrado el contrato, sino también en su etapa previa, durante su desarrollo y con posterioridad a su conclusión, recordemos que el principio de confianza deriva del principio de buena fe por lo que, al igual que éste, se impone y juega durante todo el iter contractual. En el ámbito del consumo este principio se expande (a favor del consumidor), se reduce (en contra del proveedor) en razón de una subjetivización que pondera la especial situación de las partes (relación débil - fuerte, profesional - inexperto, etc.)”¹²⁵.

5. El fenómeno de los contratos conexos y su influencia en la protección al derecho del consumidor.- El fenómeno relacionado con la figura de los contratos conexos se expuso en nuestro país en las VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. En esa oportunidad se propuso un concepto que expresa que “Habrán contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual”. Es un hecho que la evolución económica de las sociedades de nuestro entorno ha supuesto el incremento de operaciones que se traducen en grupos o cadenas de contratos¹²⁶. Es necesario resaltar, junto con MESTRE que las relaciones contractuales nunca han sido tan intensas como en nuestros días¹²⁷.

La exposición de estos factores ayudan a entender el fenómeno del que nos ocupamos, y para ello debemos tener en cuenta que precisamente esa evolución del contexto económico y jurídico en que se desarrollan las relaciones contractuales, ha hecho que cada vez sea mayor el número de las personas afectadas en los convenios celebrados por otros. Es por ello que los derechos y obligaciones nacidos de un contrato pueden repercutir a veces en la situación jurídica de un tercero.

En nuestro Derecho se consagra el principio de la relatividad de los contratos en los artículos 1195, 1199, con las excepciones previstas en los artículos 1161 y 1162 del Código Civil. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia de Italia y Francia en principio, han buscado soluciones para adecuar la regulación jurídica a la situación fáctica. De este modo se han generado las doctrinas sobre el collegamento negocial y les groupes de contrats.

Este fenómeno se produce claramente ante la situación relativa a la responsabilidad de las entidades bancarias por la utilización de cajeros automáticos, cuando la generación del daño por defectos del sistema de transferencia de fondos que derivan de contratos celebrados entre los bancos y las redes BANELCO/LINK u otros similares.

¹²⁴ “Banco Río de La Plata SA c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la cámara de apelaciones”, Cám. De Apel. Cont. Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de B. As. Sala I, 02/09/2003, Expte. RDC 138/0.

¹²⁵ Dirección General de Defensa del Consumidor y Protección de Derechos c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ Contencioso Administrativo - Presunta Infracción Ley 24.240” (Expte. N° 590 - año 2009). (LL. 2006-C, 903).

¹²⁶ BERLIOTZ-HOUIN, B, De Droit des contrats face à révolution économique, en Etudes offertes à Roger Houin, ARIS, 1985, P. 3. En la doctrina española, PASQUAU LIAÑO, M., “La acción directa en el derecho español, Madrid, 1989, p. 118.

¹²⁷ Loevolution du contrat en Droit privé français, en A.A.V.V.: Loévolution contemporaine du Droit des contrats, Paris, 1986, p. 43

Estos hechos han supuesto lo que algún autor ha denominado "...el incremento del número de terceros..." "en el ámbito de las relaciones contractuales"¹²⁸.

En los casos en que el conflicto se genera por la ineficacia del funcionamiento de un cajero automático, que está ubicado en el recinto de una entidad bancaria diferente a aquella con quien el usuario ha contratado sus servicios en forma directa, se plantea la cuestión de la responsabilidad de todos aquellos que intervienen en la operación económica global y sus consecuencias con relación a la responsabilidad que lo genera.

No obstante la vigencia del principio consagrado en nuestra legislación de fondo ya mencionado, que sostiene que los contratos sólo producen efectos entre la partes, en casos como los descriptos, los jueces y la doctrina consideran que existe un sistema de contratos en el cual quedan comprendidos todos los actores que intervienen en el negocio bancario, con fundamento en lo que la nueva ley de defensa del consumidor denomina "relación de consumo". Ello es así, dado que el cajero está dispuesto por el Banco para su propio beneficio y es utilizado por el usuario como destinatario final del mismo. A la vez, la relación de consumo entre la empresa BANELCO y/o LINK u otras similares y el usuario, surge con claridad, dado que la red de cajeros firma un convenio con los distintos bancos y a partir del mismo proporciona un servicio a los clientes de las entidades por el cual recibe un beneficio. Cabe agregar que son inoponibles al usuario las cláusulas contractuales pactadas por ejemplo, entre RED LINK S.A. y la entidad bancaria, por no ser parte en el convenio. De este modo, es irrelevante que la primera RED LINK y el banco hayan determinado que la primera no tiene frente a los clientes o terceros responsabilidad alguna por las consecuencias del uso de la red. Por ello, sus deberes ante el usuario no se rigen por lo pactado a sus espaldas, sino por lo previsto en la ley 24.240, por lo que -en virtud de lo dicho en los puntos anteriores es pasible de ser sancionada por el ente de contralor"¹²⁹.

Algunos autores, como Galgano, describieron este fenómeno, y entendieron que cuando estamos ante la presencia de contratos coligados, hay "una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aún cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja". De este modo se prescinde de un enfoque voluntarista que encuentra el nexo en la voluntad de los contratantes para pasar al abordaje objetivo basado en la noción de causa; la conexión objetiva es dada por el negocio al que sirven los contratos"¹³⁰. Es decir, que según esta tesis, que compartimos, la relevancia principal de este instituto es que, si bien los contratos mantienen su individualidad, los efectos de unos pueden repercutir sobre el de otros.

En Francia este fenómeno fue muy bien desarrollado por el profesor Larroumet, con la denominación de "grupo de contratos", quien analiza el efecto relativo de los contratos y el principio de inoponibilidad. La tesis más avanzada en este sentido sostiene que quien integra un grupo de contratos no es un tercero y por ello puede tener una acción contractual. En esta red argumental, es claro que debe ponerse el acento en un aspecto: las redes contractuales deben ser consideradas en dos planos diferentes; el aspecto interno y el externo. Y fue esta argumentación la que tiene en cuenta la jurisprudencia en forma pacífica, cuando afirma que el usuario puede involucrar a la entidad bancaria en cuyo recinto utilizó el cajero automático, quien de manera ostensible y pública era quien le proveyó ese servicio, sin que fuera menester que se le exigiera al usuario que conociera la formación de los eslabones de la cadena que conforman todos los partícipes que integran ese conjunto. Lo dicho, tal como lo señaláramos anteriormente, sin perjuicio de las acciones de contribución o de recupero de la cuota parte con la que les pueda corresponder a título de contribución de una obligación mancomunada existente entre los obligados solidarios por aquello que abonare el integrante de ese sistema que fuera denunciado, sancionado y condenado por el pago de los daños provocados a

¹²⁸ HUET, J.: Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. Essai de délimitation des deux ordres de responsabilité, Tesis Doctoral dactilografiada, Universidad de París II, 1978, p. 558.

¹²⁹ Cámara Federal de Mar del Plata, en autos "Red Link c. D.N.C.I. DISP. 544/07 y otros, 2009/06/18)

¹³⁰ LORENZETTI, R. L., Tratado de los Contratos, T. I., Buenos Aires, 1999, p. 52-53

terceros consumidores o usuarios de los servicios que prestan; es decir, sin perjuicio de los reclamos derivados de la relación interna entre los integrantes del sistema contractual.

Habiendo efectuado un detenido análisis a la luz de lo dispuesto por la doctrina más calificada arribamos a la misma conclusión que aquella que ha definido un tipo de operación denominándolas operaciones neutras, aplicable a los casos de responsabilidad por el uso de los cajeros automáticos tanto del banco contratante directo, como de aquellos que facilitan su uso pero que no se han relacionado contractualmente con el usuario, mediante la utilización de las redes BANELCO/LINK u otras similares. Es evidente que la misma se inserta en un sistema contractual complejo, multifacético y sistémico que implica la ausencia de la necesidad que se hubiere verificado un vínculo comercial directo entre la entidad bancaria y el consumidor o usuario de tal servicio para que resulte de aplicación el régimen de protección al consumidor¹³¹.

5) Sistema de la prueba. Es claro que en principio, cada parte debe probar los hechos que alega como sustento de su pretensión, ya sean éstos constitutivos, impeditivos o extintivos. Este punto se relaciona en forma directa con la aportación de la prueba de hechos que han generado un daño y que implican al banco en el que se efectúa la transacción por medio de un cajero automático. Ello, comprende también a cualquier entidad bancaria que tenga ese servicio, aunque no pertenezca a una sucursal del Banco con quien contrató el usuario en forma directa. Porque este banco que sin ser el contratante directo con el usuario, mantiene con éste último una relación de consumo, tal como lo sostiene la doctrina y jurisprudencia dominante. Es claro que en las controversias generadas por errores en la utilización de cajeros automáticos de una entidad bancaria, es ésta última quien está en mejores condiciones fácticas para producir cierta prueba vinculada a los hechos controvertidos de la causa, y es ésta última quien debe soportar el *onus probandi*.

Es esta una de las situaciones en las que, por la índole de la controversia o de las constancias documentales de la causa, surge evidente que uno de los litigantes se encuentra en una posición dominante o privilegiada en relación con el material probatorio —ya sea porque se encuentra en posesión del instrumento probatorio o por el rol que desempeñó en el hecho litigioso—, su deber procesal de colaboración se acentúa, al punto de atribuírsele una carga probatoria más rigurosa que a su contraparte¹³².

Es el criterio que utilizó la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de esta Capital¹³³ al resolver que: “siendo el banco quien efectúa y coteja la suma de dinero ingresada, no cabe duda alguna que a éste le corresponde demostrar, por cualquier medio probatorio idóneo, que en el interior del sobre depositado no se encontró la suma de dinero...” “ En efecto, toda vez que el cajero automático donde se efectuó el depósito es un mecanismo dispuesto por el Banco, quien tiene bajo su exclusiva y excluyente responsabilidad el control de los depósitos efectuados por este medio, era éste quien debía acreditar que, al momento de abrirse el sobre de depósito de la denunciante, se detectó que existía una anomalía. Y ello es así, porque resultaría arbitrario e irrazonable imputar esta obligación probatoria al usuario, que al no tener posibilidad de supervisión o control alguna sobre el proceso de arqueo de los cajeros ...] ... no está en condiciones de demostrar, luego de introducido el sobre y ante la posterior invocación por parte del banco de la existencia de una irregularidad, que depositó la suma que alega.

Sobre este punto sostenemos que la circunstancia que en el comprobante de la transacción se consigne habitualmente que se trata de una “operación a confirmar” resulta, a todas luces insuficiente

¹³¹ Dictamen del Dr. Lucero, Conf. Barreiro Delfino, Eduardo, en “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada”, Ed. La Ley, obra colectiva bajo la dirección de los Dres. Picasso y Vázquez Ferreira, T II, págs. 325 y sgtes., apart. IV).

¹³² Con idéntico criterio se expidió la Cámara interviniente en el Expte. RDC 138/0 - “Banco Río de La Plata SA c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la cámara de apelaciones”, Cám. De Apel. Cont. Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de B. As. Sala I, 02/09/2003.

¹³³ (confr. expte. RDC 138/0, “Banco Río de la Plata S.A. C/GCBA y otras”, del 2 de septiembre de 2003, publicado en el sitio web www.abogadosdesalta.org.ar

para acreditar que se ha informado debidamente al usuario sobre las consecuencias que pueden derivarse de la utilización de un cajero electrónico para realizar depósitos en cuenta¹³⁴. Lo prevé especialmente la ley 24.240 (Art. 37) cuando declara abusivas aquellas cláusulas que inviertan la carga de la prueba. Así lo entendió el tribunal al decir que "... si aquél prestador de productos o servicios que es denunciado omite u obstruye la producción de la prueba necesaria podrá presumirse judicialmente que tenía razón la contraria respecto al acaecimiento o no del hecho en cuestión. Es que, tal tesitura propicia que en el derecho del consumo la parte débil de la relación —consumidor o usuario de bienes o servicios— pueda lograr que se tengan por acreditados hechos respecto de los cuales le resulta imposible aportar prueba directa, pues su contraparte es la única que se encuentra en condiciones de incorporar los elementos probatorios que desacrediten las afirmaciones en las que se sustente los hechos de su denuncia¹³⁵.

Además, la relación de consumo que se da por acreditada, hace aplicable el 3er. párrafo del Art. 53 de la Ley de defensa del consumidor, al establecer que los proveedores son quienes 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 proceso. Concordamos en que la inclusión de la relación de consumo en forma expresa a la nueva ley, despeja toda clase de dudas sobre la aplicación de la normativa en casos como el que abordamos en esta oportunidad.

6) Contratos con contenido predisposto y sus implicancias en la utilización del sistema de cajeros automáticos.

La actividad bancaria genera una serie de contratos, en los que en principio suponen la oferta de un servicio y la aceptación por parte del cliente, quien en este caso reviste la calidad de aceptante. Dentro de este contexto, estos contratos que se generan por la existencia de la actividad bancaria, podrían regularse conforme el paradigma de la autonomía de la voluntad de las partes intervinientes, que es considerada eje de la contratación, al admitir que "la primera fuente de regulación es la voluntad de las partes"¹³⁶. En ese sentido, las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997) declararon en tal sentido que "la autonomía de la voluntad es un principio general del derecho, de fuente constitucional". Se trata del denominado dogma de la autonomía de la voluntad o de la autonomía privada, del cual se hace derivar el efecto jurídicamente vinculante del contrato.

Sin embargo, ante los perfiles novedosos que han adoptado ciertos tipos de contratos, tanto la doctrina como la jurisprudencia son pacíficos en sostener que en realidad, la libertad contractual y la consiguiente fuerza obligatoria de lo convenido deben ser conciliadas con otros valores. Entre ellos tienen igual entidad y relevancia la utilidad social y el bien público, que expresan las nociones de orden público y de seguridad jurídica —la cual protege a su vez a la confianza y al crédito—, así como con la justicia y su corolario de lealtad, que traducen la noción moral de buena fe¹³⁷.

El Art. 1197 del Código Civil dispone en ese sentido que "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma", con una fórmula que proviene del Art. 1134 del Código Civil francés; pero el texto argentino, al captar sólo la esencia de la fórmula francesa, supera al modelo: "Las convenciones no 'tienen el lugar de la ley', ni 'hacen la ley', ni

¹³⁴ C.N.Apel.Cont. Adm. Fed. Juzg. I, Expte. RDC 138/0 - "Banco Río de La Plata SA c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la cámara de apelaciones", Cám. De Apel. Cont. Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de B. As. Sala I, 02/09/2003). Bank Boston NA c/ Dnci - Disp. 201/05 (expte. S01:186172/02), 5-feb-2009).

¹³⁵ Con Cita de: Bilesio, Juliana y Gasparini, Marisa, "Algunos aspectos probatorios en el Derecho del Consumidor", J.A., 2000-II-821; ídem, Sáenz, Luis R. J. Y Silva, Rodrigo, en "Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada", Ed. La Ley, año 2009, T. 1, págs. 664 y sgtes.

¹³⁶ Rivera, J. C. - Medina, G., "La oportunidad de la reforma del Derecho privado", en L. L., ej. del 07.12.00

¹³⁷ Ghestin, J., *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat*, Paris, 1980, N° 52, pág. 34.

'son la ley'. Con ese vigoroso lenguaje, es obvio que se afirma la raíz moral de la fuerza obligatoria del contrato"¹³⁸.

En este punto nos encontramos con la realidad de la contratación en masa, de la que no es ajena la actividad bancaria. Es lógico que cualquier entidad de este tipo necesite prever las consecuencias jurídicas de los contratos que celebra, al mismo tiempo que reducir los denominados costos de transacción. Es por ello que lo habitual es que los contratos se celebren mediante condiciones negociales preformadas, y establecidas por el estipulante sin negociación particular, concebidas con caracteres de generalidad, abstracción, uniformidad y tipicidad, determinando una pluralidad de relaciones, con independencia de su extensión y características formales de estructura o ubicación¹³⁹.

Es en este aspecto en donde se cuestiona la validez de aquellas cláusulas predisuestas por la entidad bancaria, relativas a falta de responsabilidad de la entidad ante los daños generados por la utilización de los mecanismos electrónicos que pone a disposición del usuario, en este caso particularmente de los cajeros automáticos.

Adherimos en este tema al criterio de la doctrina que sostiene que "Es por cierto deseable que el legislador deje a los contratantes el máximo de libertad, pero esto no puede ser sino bajo una reserva: la libertad contractual no debe atentar contra otras libertades más esenciales"¹⁴⁰.

Modernamente se pretende restablecer la verticalidad del fiel de la balanza de la Justicia cuando confrontan fuertes y débiles, porque "éstos (los más débiles), presionados por la necesidad, están obligados a querer lo que los más fuertes son libres de imponerles"¹⁴¹. Se trata de un tema con riquísimos contenidos, y la protección al débil se otorga con independencia de la calidad del sujeto (XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, 1989). La desigualdad puede derivar, genéricamente, de circunstancias socio-económico-culturales¹⁴² (III Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil y Comercial, Junín, 1988; XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, 1989; IV Congreso Nacional y III Congreso Latinoamericano de Derecho Privado, Buenos Aires, 1996); y, particularmente, de la situación en que se halle el contratante al momento de celebrar el negocio, que suele estar influida por su debilidad económica¹⁴³. El hecho de que una parte tenga menor poder de negociación¹⁴⁴ que la otra puede ser decisivo¹⁴⁵, y la contratación bancaria es un claro ejemplo de esta

¹³⁸ Risolía, M. A., Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil, Buenos Aires, 2ª ed., 1958, pág. 61. Las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1991) declararon que "la palabra empeñada, por razones profundas que hacen a la Moral y al Derecho, debe respetarse".

¹³⁹ Rezzónico, J., C., Concepto de condiciones negociales generales, L.L., 1981-C-1100.

¹⁴⁰ Weill, A. - Terré, F., Droit civil. Les obligations, Paris, 4ª ed., 1986, N° 59.

¹⁴¹ Starck, B. - Roland, H. - Boyer, L., Droit civil. Obligations, tº 2, Paris, 1986, tº 2, N° 21.

¹⁴² La idea fue planteada originalmente en los congresos jurídicos por el profesor Isidoro H. Goldenberg, y ha sido trasegada al art. 327 del Proyecto de Código Civil de 1988 que asigna relevancia a "la condición económica, social o cultural que condujo a la incompreensión del alcance de las obligaciones" en materia de lesión.

¹⁴³ Mosset Iturraspe, J., "Los necesitados frente al derecho", en Homenaje a la Profesora Dra. María Antonia Leonfanti, Rosario, 1982, pág. 312; Alterini, A. A. - López Cabana, R. M., "La debilidad jurídica en la contratación contemporánea", en D. J., tº 1989-I pág. 817, ap. 7.

¹⁴⁴ Bargaining power en la terminología anglonorteamericana.

¹⁴⁵ VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 1981; II Jornadas Provinciales de Derecho Civil, Mercedes, 1983; X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, 1985; III Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil y Comercial, Junín, 1988; XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, 1989; Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, Mar del Plata, 1989; V Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro, 1989; IV Congreso Nacional y III Congreso Latinoamericano de Derecho Privado, Buenos Aires, 1998; Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, art. 935).

situación (En materia de interpretación debe aplicarse el criterio más favorable para el débil jurídico (*favor debilis*)).

Es fácil advertir que los tribunales están habilitados para intervenir en los contratos predispuestos y en los contratos celebrados por adhesión, principalmente para evitar su desnaturalización, la cual constituye un standard de gran amplitud, que permite abarcar un extenso universo de situaciones, y que concierne al mantenimiento de la equivalencia en la relación negocial de cambio conforme a la totalidad de las circunstancias del caso.

Las cláusulas abusivas. El trato digno y equitativo del consumidor también exige que no sean empleadas cláusulas abusivas como las enunciadas con relación a la falta de responsabilidad del banco en la utilización de los cajeros automáticos o la inversión de la carga de la prueba, como lo hemos puesto de manifiesto anteriormente. La ley de defensa del consumidor es clara en este aspecto y en el artículo 37¹⁴⁶ y su decreto reglamentario¹⁴⁷, establece que tales tipos de cláusulas “por no convenidas”. El criterio para la apreciación del carácter no abusivo de la cláusula concierne a las exigencias de la buena fe y a evitar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor¹⁴⁸.

La misma protección de proporciona el artículo 38 de la ley 24.240 y su modificatoria, cuando establece que tales cláusulas son vigilables por la autoridad de aplicación cuando “hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio”, y con relación a ellas el decreto reglamentario dispone que “La autoridad de aplicación notificará al proveedor que haya incluido cláusulas de las previstas en el artículo 37 que las mismas se tienen por no convenidas y lo emplazará a notificar tal circunstancia al consumidor de manera fehaciente y en el término que dicha autoridad le fije..

El Art. 39 de la ley 24.240 de defensa del consumidor establece que la correspondiente autoridad de aplicación tiene atribuciones para requerir a la autoridad encargada del control de los contratos tipo regulados que contengan cláusulas abusivas, que tome “las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo”¹⁴⁹ (51).

7. Conclusiones. Con relación a los puntos destacados en el sumario, participamos de las siguientes conclusiones: 1) Es acertado el criterio que admite el concepto de relación de consumo, y como consecuencia de ello sostenemos que en la actividad derivada de la utilización de los cajeros automáticos, es responsable tanto el banco con el que se contrató directamente como las Redes relacionadas con tal servicio. Del mismo modo es responsable el banco en donde se generó el daño,

¹⁴⁶ “a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”. Los incisos a) y b) provienen de nuestro proyecto (art. 12), que siguió el criterio del Proyecto de Unificación de 1987 (art. 1157). También siguiendo al proyecto de Unificación agregamos a las cláusulas “que limiten la responsabilidad por daños corporales, o la limiten por daños materiales, sin una adecuada equivalencia económica”.

¹⁴⁷ “Las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”. Debió usar el adverbio inicuamente, que significa “con iniquidad”, siendo inicuo “lo contrario a la equidad”. No obstante su muy difundido empleo, la palabra inequidad y sus derivados no aparecen en el Diccionario de la Lengua Española.

¹⁴⁸ Art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE; u 307 del BGB reformado en 2002; art. 33, inc. 1º, del Código del Consumo italiano de 2005; art. 82 inc. 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española de 2007.

¹⁴⁹ Es de señalar que en Europa rige la Directiva del Consejo de la Unión Europea 93/13 del 5 de abril de 1993, que descalifica las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Ha sido incorporada a los Derechos nacionales del Reino Unido (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations, 1994), de Irlanda (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations, 1995), de Portugal (decreto.ley 220/95) de Italia (ley 52-1996) y de España (ley 7-1998). La legislación anterior a la Directiva (Ley alemana sobre condiciones generales de contratación de 1977; ley francesa 78/23 del 10 de enero de 1978; Konsumentenschutzgesetz ?KSchG ? 140/1979 austríaca; ley belga del 14 de julio de 1991; Código Civil holandés de 1992, I 6, artículo 231 y siguientes) no precisa ser modificada en la medida en que se adecua a ella (Corte de Justicia de la Comunidad Europea, caso 29/84, “ Comisión c/Alemania”, 29 de mayo de 1985.

aunque no sea la misma entidad con quien contrató el usuario. La legitimación pasiva de los tres actores mencionados es aceptada según nuestro criterio. ; 2) El deber de información derivado del Art. 4º de la ley 24.240 incluye tanto al contratante directo, como a quien participa de un conjunto de contratos coligados por una actividad en la que se comparten los beneficios; coincidimos en que cuando se viola el deber de información corresponde la decisión reparatoria adoptada al respecto por el ente administrativo o judicial en su caso.; 3) La utilización de sistemas expertos genera para ciertos sectores grandes beneficios, ya sea por el control unilateral de los mecanismos utilizados como por la simplificación en la utilización de recursos humanos; ergo, debe contemplarse una correlativa responsabilidad derivada de los daños generados por el mal funcionamiento del sistema de cajeros automáticos y la generación de confianza; 4) En materia de prueba, concordamos con la aplicación del sistema dinámico de la prueba en tales casos; 5) Existe, un sistema de contratos conexos que no le son oponibles al consumidor; éste no tienen que interiorizarse de las relaciones internas ni prestar consentimiento de ningún tipo en aquellos contratos derivados de este conjunto que le son ajenos en forma directa; el funcionamiento del sistema mismo de cajeros automáticos y la posibilidad de extraer o depositar dinero en cualquier terminal habilitada al efecto, implica que cualquiera de los bancos intervinientes y las redes respectivas son responsables del daño ocasionado por el mal funcionamiento del mecanismo en calidad de incumplimiento de la obligación de seguridad a cargo de éstos. Ello, internamente de la posibilidad de requerir entre las mismas entidades las respectivas repeticiones en caso de resultar procedentes.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 7 DE DICIEMBRE DE 2010

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 1197, Ley 340 Art. 1161, Ley 340 Art. 1162, Ley 340 Art. 1195, Ley 340 Art. 1198, Ley 340 Art. 1199, Constitución Nacional Art. 42, Ley 24.240, Ley 24.240 Art. 2, Ley 24.240 Art. 3, Ley 24.240 Art. 4, Ley 24.240 Art. 36, Ley 24.240 Art. 37, Ley 24.240 Art. 38, Ley 24.240 Art. 39, Ley 24.240 Art. 53, LEY 26.361, LEY 26.361 Art. 3, LEY 26.361 Art. 4

El nuevo concepto de reticencia a la luz de la ley de defensa del consumidor

Ponencia presentada al XIII Congreso Nacional de Derecho de Seguros -XI Conferencia Internacional-, realizada en la Ciudad de Santa Fe, los días 28, 29 y 30 de octubre de 2010 (organizada por el Colegio de Abogados de Santa Fe y la A.I.D.A., Rama Argentina). Comisión N°1: Seguro y Reaseguro. 2. Reticencia y Falsa Declaración. (Texto completo)

SOBRINO, WALDO AUGUSTO

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 18 DE NOVIEMBRE DE 2010

SUMARIO

SEGUROS-ASEGURADOR-OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR-RELACIÓN DE CONSUMO-DEBER DE INFORMACIÓN-CONSUMIDORES-ASEGURADO-RETICENCIA-RIESGO ASEGURABLE

1) Introducción:

1.1) Tan sólo como comentario a los jóvenes abogados que asisten al presente Congreso, queremos recordarles que la Ley 17.418, no es el Proyecto de "Ley General de Seguros" que había imaginado y plasmado el genial Isaac Halperín en el año 1959.

La realidad es que la magistral obra de Halperín, sufrió muchas modificaciones importantes (por medio de distintas Comisiones Revisoras), en perjuicio de los asegurados (v.gr. consumidores de seguros).

Uno de los artículos que se cambió sustancialmente, en disfavor de la parte más débil, fue justamente el Art. 5º, referido a la Reticencia

Así, entre otras cuestiones, Halperín exigía que la reticencia del asegurado tenía que ser realizada con "...dolo o culpa grave..."

Y, no sólo eso, sino que la Comisión Revisora, fue más allá estableciendo que el asegurado incurría en reticencia, cuando dichas declaraciones fueran realizadas "...aún de buena fe..."

De esta manera, nuestro Art. 5 de la Ley 17.418, sigue las pautas del Art. 498 del Código de Comercio, que a su vez, continuaba la senda del Art. 348 del Código Francés, de hace alrededor de doscientos (200) años, lo que llevó a decir a Zavala Rodríguez- que esta norma "...sólo sirve para favorecer a los aseguradores..."

Y, asimismo, la Comisión Revisora, también eliminó los Arts. 6º y 7º del Proyecto de Ley General de Seguros de Halperín, que brindaba una gran flexibilidad, a favor del asegurado.

Tan ello es así, que el mismo Isaac Halperín, en una Conferencia dada hace casi medio siglo (v.gr. 3 de Octubre de 1963), en el "Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales" de La Plata, sobre "La Reticencia en el Proyecto de Ley General de Seguros", manifestaba puntualmente que las pautas de lo que sería posteriormente el Art. 5 de la Ley 17.418 "...significa un retroceso notable sobre el sistema propuesto..." por él en el Proyecto de Ley de Seguros; agregando que en dicho Proyecto de 1959 se inspiraba "...más en la equidad..." y tenía en cuenta el "...interés social..."

1.2) Esta introducción la formulamos, para señalar que la Ley de Seguros del año 1968, que se basaba en el Código Francés del 1800, ya era injusta y estaba desactualizada cuando fue promulgada

Ello era así, dado que el asegurado tiene que casi adivinar que es lo que le interesa conocer a la Aseguradora.

O, parafraseando al maestro Halperín, en estos casos, el asegurado debe guiarse con "...su exclusiva inspiración...", que lo deja "...en la incertidumbre sobre qué debe declarar..."

Como primera cuestión, estimamos básico resaltar que la Aseguradora es una empresa que se dedica exclusivamente a suscribir seguros. Y, asimismo, es la propia Aseguradora, quien conoce en forma excluyente cuales son los datos e informaciones que le son fundamentales y que necesita conocer (desde la perspectiva técnica) para asumir un riesgo.

O, como explicaban hace muchos años los maestros franceses Ripert-Boulanger, "...la declaración del asegurado debe ser espontánea, pero es muy difícil saber cuales son los hechos que interesan particularmente al asegurador..."

1.3) Pero, a partir de la Reforma del Art. 42 la Constitución Nacional y la Ley de Defensa del Consumidor, que en forma expresa establecen el "Deber de Información" de las empresas frente a los consumidores, es que el Art. 5º de la Ley de Seguros ha quedado modificado y la reticencia debe ser interpretada como: la falsa respuesta del asegurado a los requerimientos de la Aseguradora.

Es que como sucede en gran parte de los países desarrollados, existe un 'Cuestionario' (que la doctrina norteamericana —John Dobbyn; Robert Jerry II; Robert Keeton; Alan Widiss— denominan 'application form'), donde el asegurado tiene el deber de respuesta al formulario o cuestionario que le presenta la Aseguradora.

2) El Art. 42 de la Constitución Nacional: el "Deber de Información"

2.1) Es pertinente recordar que el Art. 42 de la Constitución Nacional, ordena que: "...los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo,...a una información adecuada y veraz;..."

A su vez, el Art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor, establece que la empresa (en nuestro caso, léase: Aseguradora) debe suministrar al consumidor información "...cierta, clara y detallada..." que "permita su comprensión"

2.2) Y, en el caso sub examine debemos resaltar que -por un lado- el asegurado / consumidor de seguros es un neófito e ignorante técnico (que tiene vinculación con los seguros, de manera absolutamente excepcional); y —por otro lado— se encuentra la Aseguradora, que es un profesional de seguros, que únicamente hace seguros, que tiene una experiencia de decenas o cientos de años, emitiendo pólizas de seguros; y que es un especialista en el tema de análisis de riesgos.

2.3) Por tanto, la pregunta obvia es:

(quién está en mejores condiciones de saber que se tiene que saber o declarar para conocer el verdadero estado del riesgo ?

(el inexperto e ignorante consumidor de seguros ? o

(la experta y profesional Aseguradora ?

La respuesta es obvia: la Aseguradora es quien conoce absolutamente todo lo relacionado sobre las cuestiones a la parte técnica de los riesgos asegurables.

De manera tal, que si la Aseguradora no pregunta al asegurado, cuando se va a contratar el seguro, todo aquello que necesite saber, es que se va a producir lo que Vivante denominaba la reticencia de la Aseguradora y que es aceptado desde hace más de dos siglos por la Jurisprudencia inglesa, en el caso "Carter vs. Boehm", del año 1766.

2.4) Y, si a ello le sumamos la expresa manda constitucional que establece el "Deber de Información" de la empresa, a favor del asegurado, para tratar (sólo intentar) disminuir la absoluta diferencia de expertise con el consumidor, es que resulta sumamente claro que en el tema de la reticencia es la Aseguradora quien tiene que preguntarle al asegurado lo que le interesa saber.

Es por ello, que la Aseguradora, le debe presentar un "Cuestionario" o "Formulario", con la finalidad de informarle cuales son los hechos, circunstancias y pautas que necesita conocer para poder evaluar el "verdadero estado del riesgo".

La doctrina internacional (por ejemplo, Caballero Sanchez), manifiesta que el paso de la 'declaración del asegurado' al 'cuestionario' (realizado por la Aseguradora), implica un paso protectorio muy importante, dado que el asegurado no era un experto ni tenía los conocimientos técnicos necesarios para cumplir acabadamente con dicha obligación

Entendemos que de no aceptarse nuestra postura se estaría haciendo realidad la dura advertencia de Vivante (citado por Isaac Halperín), en el sentido que la Compañía de Seguros "...no debe aprovecharse de reticencias, quizás calculadas con arte para atraerse primero a la clientela y no pagarle luego los siniestros... "

Y, con una licencia poética, si la Aseguradora calla (por no preguntar y no presentar el 'cuestionario' o 'formulario'), podría llegar a aplicarse la sentencia del filósofo vasco y Rector de la Universidad de Salamanca (Miguel de Unamuno), cuando tuvo la valentía de oponerse públicamente al régimen franquista, dado que en su criterio "...a veces quedarse callado, equivale a mentir...".

Esta posición es la adoptada por la Ley de Seguros de España, que en el Art. 10, dedicado a "El deber de declaración del riesgo", establece que "...el tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo...", agregándose luego que el asegurado queda exonerado del deber "...si el asegurador no le somete a cuestionario...". Como consecuencia de ello, es que Nuria Latorre Chiner, manifiesta que la mayoría de la doctrina española "concibe el deber de declarar como un deber de respuesta al cuestionario que la aseguradora presenta al tomador".

En esta línea se encuentra el Tribunal Supremo de España, al determinar que "...no puede hacer recaer sobre el asegurado las consecuencias de la falta de cuestionario..." (Sentencia del Supremo Tribunal, de fecha 19 de Octubre de 1989 —Civil— Arz. 1989/6939)

2.5) Nótese lo sencillo y simple de nuestra propuesta: aquel que sabe y conoce de manera específica y puntual todo el aspecto técnico para poder conocer el verdadero estado del riesgo (v..gr. Aseguradora), le tiene que presentar un 'Cuestionario' o Formulario' donde le informa al neófito, ignorante técnico y profano (v.gr. asegurado / consumidor de seguros), que necesita conocer y saber. Es la aplicación puntual y específica del "Deber de Información" expresamente establecido en la Constitución Nacional y el Art. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor.

Y, en el caso que la Aseguradora no le presente al asegurado el 'Formulario' o 'Cuestionario', se debe interpretar que la Compañía de Seguros aceptó asumir los riesgos de no conocer el verdadero estado del riesgo.

Es decir, merced a la aplicación de la 'Teoría de los Actos Propios', se entenderá que la Aseguradora prefirió no consultar o preguntar, asumiendo el riesgo pertinente

De no aplicarse nuestra propuesta y entenderse que el Art. 5º de la Ley 17.418, que regía el tema de la reticencia sigue vigente, se estaría echando por tierra y dejando sin aplicación las expresas mandas del Art. 42 de la Constitución Nacional (y Art. 4º de la Ley de Defensa del Consumidor), en particular con la obligación de las empresas de cumplir con el "Deber de Información".

3) Conclusiones - Ponencia

Como corolario de todo lo antes expuesto, nuestra Ponencia es la siguiente:

"A raíz de la situación de 'asimetría' que tienen los consumidores y las empresas profesionales, es que el Art. 42 de la Constitución Nacional y la Ley de Defensa del Consumidor, instauraron del 'Deber de Información'

Así es que en Derecho de Seguros, existe un nuevo concepto de 'reticencia', dado que la Aseguradora tiene la 'obligación' de 'informarle' al asegurado todo aquello que necesite saber para '...conocer el verdadero estado del riesgo... '.

Como consecuencia de dicho 'deber de información', es que hoy la 'reticencia' es: la falsa respuesta del asegurado a las consultas efectuadas por la Aseguradora".

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 18 DE NOVIEMBRE DE 2010

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 2.637 Art. 498, Constitución Nacional Art. 42, LEY 17.418, LEY 17.418 Art. 5, Ley 24.240 Art. 4

Los ‘daños punitivos’: una herramienta para la protección de los consumidores de seguros

Ponencia presentada al XIII Congreso Nacional de Derecho de Seguros -XI Conferencia Internacional-, realizada en la Ciudad de Santa Fe, los días 28, 29 y 30 de octubre de 2010 (organizada por el Colegio de Abogados de Santa Fe y la A.I.D.A., Rama Argentina) . Comisión N° 1: Seguros y Reaseguro. 1. Consumidor y Seguro. (Texto completo)

SOBRINO, WALDO AUGUSTO¹⁵⁰

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 16 DE NOVIEMBRE DE 2010

SUMARIO

SEGUROS-ASEGURADOR-OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR-RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR-MULTA (CIVIL)-DAÑOS PUNITIVOS-CONSUMIDORES-PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

1) Introducción

1.1) A mediados de la década de los ‘90, habíamos publicado una nota referente a los ‘Daños Punitivos’, cuyo título era: “Los Daños Punitivos: una necesidad de la Postmodernidad” (publicado en el Semanario de ‘Jurisprudencia Argentina’ N° 6.001, páginas 2 a 12, de fecha 4 de Septiembre de 1996).

Y, ya más maduros, nos volvimos a ocupar del tema de los ‘Daños Punitivos’ en nuestra Tesis Doctoral¹⁵¹

1.2) En nuestros primeros escritos, planteábamos que los daños punitivos, eran una herramienta muy interesante y efectiva, para lograr que personas y/o empresas que no cumplieran con sus obligaciones legales o contractuales, de una forma dolosa o con culpa grave, o con una gran indiferencia por las consecuencias sociales de sus actos, se le aplicaran este tipo de sanciones¹⁵²

Y, obviamente, también señalábamos que uno de los campos, donde podían llegar a tener aplicabilidad los daños punitivos era en el marco de los seguros¹⁵³¹⁵⁴

1.3) Incluso, en nuestro particular y herético enfoque del Derecho vivo (y evolutivo —en pos de la justicia y la protección de los más débiles—), estimábamos (y cierta Jurisprudencia también apoyaba esta tesitura)¹⁵⁵¹⁵⁶¹⁵⁷¹⁵⁸, que los Daños Punitivos podían tener sustento legal en al Código Civil.

¹⁵⁰ Waldo Sobrino: Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de “Seguros y la Tutela del Asegurado”. Los comentarios (y -en especial- las críticas) a las Ponencias, serán bienvenidas a: waldo.sobrino@sobrinossobrino.com

¹⁵¹ SOBRINO, Waldo; Consumidores de Seguros, Acápite II.1.3. “La olvidada ‘función social’ del Seguro”, páginas 30 a 41, Editorial La Ley, Noviembre de 2009

¹⁵² SOBRINO, Waldo; “El ‘Baremo de Pronto Pago’ y los ‘Daños Punitivos’ que se deberían aplicar a las Compañías de Seguros que incumplen injustificadamente con sus obligaciones legales ((una especie de ‘Tutela Anticipada’ sui generis ?)”, en el Libro de Ponencias de la “XI Jornada Nacional de Derecho de Seguros; IV Jornada Latinoamericana de Derecho de Seguros; IX Conferencia Internacional”; Tomo I, pág. 281; celebrada en Lomas de Zamora, en el mes Octubre de 2004.

¹⁵³ SHERNOFF, William; How to make Insurance Companies pay your claims (and what to do if they don't), Hasting House Books Publishers, Nueva York, Estados Unidos, 1990

¹⁵⁴ GABLE Jr., Richard D.; en Property Insurance Litigator's Handbook, bajo la Coordinación de Leonard E. Murphy; Andrew B. Downs and Jay M. Levin; Capítulo 11.09 ‘Damages’, acápite (h) “Punitive Damages”, página 354, American Bar Association, Chicago, Estados Unidos, 2007.

¹⁵⁵ Ver el leading case “Tessone de Bozzone Marta y otro vs. K., G. y otros”, de fecha 25 de Agosto de 2000, donde se hace lugar a una “sanción ejemplar” (‘daños punitivos’), dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “K”.

¹⁵⁶ Ver también: “Socolosky, Hugo Raúl y Otro vs. Secretaría de Inteligencia del Estado s/Daños y Perjuicios”, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, de fecha 22 de Octubre de 2003, donde en forma expresa se hace lugar a los ‘daños punitivos’, a través del “...aspecto punitivo del daño moral...”, aplicando “...la función ejemplarizadora propia de una

En efecto, una interpretación amplia del Art. 1.078, referido al Daño Moral, nos daba la oportunidad de aplicar los daños punitivos.

Haciendo cierta historiografía, les recordamos a los abogados jóvenes, que una primera interpretación de la Ley 17.711, respecto al Art. 1.078, encabezada por Jorge Joaquín Llambías, afirmaba que el daño moral era de carácter sancionatorio. Es decir, que solo se podía aplicar, cuando se demostrara la maligna intención de producir el daño.

Posteriormente, unos diez años después, se dejó de lado este argumento de autoridad del maestro Llambías, y se comenzó a seguir la línea actual de la Jurisprudencia, que afirma que el daño moral, tiene un carácter resarcitorio.

1.4) Y, nosotros teníamos una posición ecléctica, o mejor dicho superadora, dado que en nuestro concepto, la base del 'daño moral' era 'resarcitoria' (es decir, que si se acreditaba dicho perjuicio, necesariamente había que indemnizarlo).

Pero, también había un 'plus', es decir el aspecto 'sancionatorio', dado que si además de existir el 'daño moral', se acreditaba una conducta dolosa, o antisocial, o groseramente culposa, es que se aumentaba el monto de 'daño moral', para sancionar al victimario¹⁵⁹

De esta forma, el daño moral tenía una situación 'bifronte', habida cuenta que -por un lado- se miraba a la víctima en el sentido resarcitorio; y —por otro lado— se tenía en cuenta al dañador, para el aspecto sancionatorio, de manera que si su conducta lo ameritaba, se aumentaba el daño moral (en forma análoga a las pautas que se utilizan en los 'daños punitivos').

2) Art. 52 Bis de la Ley 24.240:

2.1) En la importantísima y magnífica reforma realizada por la Ley 26.361, se incorporaron los Daños Punitivos en el Art. 52 bis de la Ley 24.240.

Allí se señala que "...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, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan..."¹⁶⁰

2.2) Como crítica a la norma, podría sostener que ha sido demasiado amplia al afirmar que por el hecho de no cumplir con obligaciones legales o contractuales se pueden aplicar las multas civiles (daños punitivos).

Quizás, debería haber sido un poco más precisa, haciendo hincapié, en que la conducta del dañador o incumplidor, debería ser dolosa, o antisocial, o con culpa grave, o con gran despreocupación sobre las consecuencias que puede llegar a tener en la sociedad, etc.

sanción...", resaltando que "...no hay obstáculo para incrementar la suma por daño moral con la finalidad adicional de repudiar la conducta antisocial del demandado..."

¹⁵⁷ "Patella, Alejandro vs. Hadad, Gerardo Daniel s/Daños y Perjuicios", dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "G", de fecha Julio de 2005, donde se expone que "...puede concederse una suma de dinero para que ella atenúe los rigores del padecimiento...y al mismo tiempo, castigue la conducta del delincuente con el fin de impedir la renovación de la falta..." (publicado en 'El Dial' de fecha 19 de Septiembre de 2005).

¹⁵⁸ "Della Torre, Marcelo Gustavo vs. Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/Daños y Perjuicios", dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "G", de fecha 15 de Noviembre de 2005, donde se sentenció que con respecto al 'agravio moral' este rubro del resarcimiento "...asume un carácter bifronte, que sin desconocer el carácter preponderantemente reparador del daño, advierte que tampoco es indiferente al derecho la calificación de la conducta del ofensor, aspecto que puede incidir en la cuantía de la indemnización, pues desde un punto de vista social se trata de desalentar conductas desaprensivas que discurren por carriles contrarios al interés general de la sociedad (conf. esta Sala, en autos "Lagos c/G.C.B.A. s/daños", sentencia del 22-VIII-05, consid. 4º y sus citas)..."

¹⁵⁹ "HESS vs. PHILIP MORRIS USA", Broward County Circuit Court, Fort Lauderdale, Florida, Estados Unidos, de fecha 18 de Febrero de 2009; donde se condenó a la tabacalera a pagar la suma de U\$S 5.000.00, en carácter de daños punitivos (más U\$S 3.000.000, en concepto de daños compensatorios); publicado en Lawyers U.S.A., página 1, de fecha Marzo de 2009

¹⁶⁰ ALTERINI, Atilio Aníbal; "Las reformas de la ley de defensa del consumidor. Primera lectura 20 años después", publicado en 'La Ley', página 1, de fecha 9 de Abril de 2008.

2.3) No obstante ello, estimamos que —por un lado— se han determinado pautas, al establecer que “...se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias...”.

Y —por otro lado— soy de los hombres de derecho, que sigue confiando plenamente en la prudencia de los Jueces. Ello es así, ya que no hay que confundir ciertos jueces mediáticos (y peligrosamente cercanos al poder político de turno), con la otra gran mayoría de nuestros dignos Magistrados, que en forma silenciosa (y casi anónima), siguen trabajando incansablemente, para cumplir con su función social.

2.4) Por ello, si bien la norma podría llegar a mejorarse en su redacción, es pertinente señalar que en lo básico y esencial, ya tenemos la herramienta legal suficiente, para aplicar correctamente los daños punitivos.

3) La ‘función social’ de las Compañías de Seguros

3.1) Se suele discutir si en las Compañías de Seguros tiene que tener preeminencia el ejercicio legal de una actividad lucrativa¹⁶¹(12) o la función social de las empresas. No hay duda que toda empresa comercial (incluidas las Compañías de Seguros), tiene una legítima aspiración de lucrar.

3.2) Pero, por otro lado, no hay que perder de vista que las empresas de seguros, no son cualquier empresa. En absoluto...

3.3) En efecto, el correcto desempeño de las Aseguradoras es tan trascendente para toda la sociedad que la Doctrina¹⁶² y Jurisprudencia¹⁶³ de los Estados Unidos, suelen sostener que existen tres clases de empresas diferentes: empresas “públicas”; empresas “privadas” y empresas “quasi-públicas”.

Y, justamente, dentro de la categoría de las empresas ‘quasi públicas’, se encuentran las Aseguradoras. Ello es así, ya que el bien común y el interés público se encuentran íntimamente relacionados con sus actividades.

En este sentido se ha expresado nuestra Jurisprudencia¹⁶⁴ al sentenciar que: “...las empresas aseguradoras son una categoría intermedia entre las empresas privadas y las de servicios públicos, de modo tal que la autorización que se les otorga puede llegar a asimilarse a una verdadera concesión del Estado, de lo que se sigue que la fiscalización externa no ha de reducirse al solo control de funcionamiento sino que se proyecta sobre la eficacia de la prestación del servicio... “ (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial; Sala ‘A’, de fecha 9 de Septiembre de 1995) (el subrayado, es nuestro)¹⁶⁵

Incluso, por vía de analogía, podemos reseñar que en nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos caratulados “Hospital Británico de Buenos Aires vs. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)”, de fecha 13 de Marzo de 2001 (voto del Dr. Adolfo Vazquez), se afirmó que a las obras sociales les es aplicable la figura del seguro, lo cual es extensible por su gran similitud jurídica,

¹⁶¹ Haciendo la excepción de las Cooperativas y Mutuales.

¹⁶² SHERNOFF, William M.; How to make Insurance Companies pay your claims (And what to do if they don't), página 107, Hasting House Book Publishers, New York, 1990.

¹⁶³ Suprema Corte de California, en los autos caratulados “Eagan vs. Mutual of Omaha”; citado por Shernoff (SHERNOFF, William M.; How to make Insurance Companies pay your claims (And what to do if they don't), página 107, Hasting House Book Publishers, New York, 1990).

¹⁶⁴ Publicado en ‘Doctrina Judicial’, 1996-I-84.

¹⁶⁵ GHERSI, Carlos Alberto y Otros; Contratos Civiles y Comerciales, Tomo II, Capitulo XL “Contratos de Seguros”, parágrafo nº 706 ‘Responsabilidad de la Superintendencia de Seguros de la Nación’, página 479, donde se establece la responsabilidad del Estado, como consecuencia del defectuoso control de la Superintendencia de Seguros, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.

económica y operativa a las empresas de medicina prepaga; agregando luego que "...tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial..."¹⁶⁶

3.4) Un viejo economista liberal, decía que desde la perspectiva estrictamente económica, para el país era lo mismo que se fabricaran caramelos o armas.

Ello no aplica, para las empresas que denominamos 'quasi públicas'

Desde la perspectiva de los miembros de nuestra sociedad, no es lo mismo, una empresa que fabrica caramelos (o zapaillas, o buques, o computadoras, etc.) que una Aseguradora

Si fueran lo mismo, también existiría una Superintendencia de Caramelos de la Nación...

Pero no. Pocas empresas están tan controladas como las Aseguradoras¹⁶⁷

Y, ello es —a no dudarlo— por la función social que tienen las Aseguradoras en la sociedad.

Todo ello, es una verdad de a puño. De forma tal, si quienes invierten en las acciones de una Aseguradora, hubieran querido tener una actividad comercial sin tantos controles del Estado, podrían haberlo hecho. Pero optaron por los Seguros.

3.5) Así, de todo lo antes expuesto, entendemos que resulta evidente, que más allá del legal espíritu comercial de las Aseguradoras, el nudo gordiano de dichas empresas para la sociedad toda, es que cumplen una función social.

Ello no significa, que no existan pautas legales ni principios económicos que se apliquen.

Pero, si implica, que: los incumplimientos legales o contractuales de una Aseguradora, no tienen la misma nefasta trascendencia social, que si lo realiza otro tipo de empresa.

Por ello, la aplicación de los daños punitivos en las empresas que tiene una función social (v.gr. Aseguradoras; Medicina Prepaga; etc.), es un instrumento formidable, para la protección de los consumidores.

4) Algunas aplicaciones de los Daños Punitivos a las Aseguradoras

4.1) A continuación veremos algunas situaciones en las cuales podría analizarse la alternativa de aplicar los 'daños punitivos'.

- Mora en el pago del siniestro a los consumidores de seguros (asegurados y/o víctimas)
- No realizar una oferta razonable a los consumidores de seguros
- No entrega del Informe del Liquidador de Siniestros
- Rechazo de siniestros sin fundamento válido y razonable

etc.

4.2) Mora en el pago del siniestro a consumidores de seguros (asegurados y/o víctimas):

Una de las quejas de los consumidores de seguros, ora asegurados, ora víctimas de siniestros, es lo lento, dificultoso y engorroso que puede llegar a ser cobrar un siniestro.

En muchos casos, el proceso de liquidación de siniestros, es muy semejante al 'El Proceso' de Franz Kafka.

Quizás no es casualidad, que Kafka tuviera mucha experiencia en estos temas, dado que era Abogado y —además— especialista en seguros...

Por tanto, si una Aseguradora es morosa, sin fundamento válido, para el pago de un siniestro a su asegurado o a la víctima, es que se le pueden aplicar daños punitivos¹⁶⁸

¹⁶⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Recurso de Hecho; H 90.XXXIV; in re: "Hospital Británico de Buenos Aires vs. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)", voto del Dr. Vazquez, de fecha 13 de Marzo de 2001 (la letra negrita y el subrayado, es nuestro).

¹⁶⁷ El hecho que las Aseguradoras estén controladas por el Estado, no significa que necesariamente dicha supervisión sea eficiente. Pero, eso es harina de otro costal...

La idea es que la Aseguradora no especule, si le conviene a ella pagar o no los siniestros, de acuerdo a los beneficios financieros que pueda obtener con el dinero que deja de pagar (como resolvió la Corte Superior de Arizona, en el caso “Nardelli vs. Metlife Auto & Home”, de fecha 20 de Marzo de 2009, donde se le aplicó a la Compañía de Seguros, la sanción de ‘daños punitivos’, por la suma de U\$S 55.000.000, por negarse a pagar al asegurado la indemnización correcta, por el robo de una camioneta Ford Explorer)¹⁶⁹

4.3) No realizar una oferta razonable a consumidores de seguros (asegurado y/o víctimas):

Hay pocas cosas más decepcionantes para un asegurado o una víctima, que cuando un funcionario o el abogado de la Aseguradora le espeta que no tiene instrucciones para realizar un ofrecimiento dinerario...

Es pertinente señalar que puede existir la situación que una Aseguradora rechace de plano un requerimiento, porque no existe cobertura.

Pero, hay otros muchos casos, donde no hacen ningún ofrecimiento, sabedores de su propia sinrazón...

Siguiendo ciertos lineamientos de la Ley Badinter (Francia), nuestro planteo estratégico (Sun Tzu), es que en los casos en que se actúa por la parte actora, quizás convendría remitir una Carta-Documento, intimidando a la Aseguradora a que conteste por escrito el ofrecimiento que realiza para el reclamo (bajo apercibimiento de reclamar daños punitivos)

En caso que no conteste o no haga ningún tipo de ofrecimiento, se debería presentar dicha Carta-Documento en el juicio, como una forma de preconstituir prueba para el reclamo de las multas civiles.

Y, en el caso que contestaran con un ofrecimiento dinerario absurdo o irrazonable, si cuando se dicta Sentencia, la diferencia entre ambos montos es ilógica, allí también existe otro fundamento para la aplicación de los daños punitivos.

Finalmente, recuerdo una vieja anécdota de un viejo Juez de la Capital Federal (cuyo nombre, lamentablemente me olvidé), que en la Audiencia de Absolución de Posiciones, le preguntaba al representante legal de la demanda (fuera una Aseguradora o no), que manifieste el monto que ofrecía. Y, luego, al dictar Sentencia si dicho monto no era razonable o si no hubo ofrecimiento, lo tomaba en cuenta para el dictado de su resolución.

Si eso se podía hacer varios años atrás, cuando no había astreintes, ni daños punitivos, cuanto mejor posición legal existe hoy, que las multas civiles están expresamente previstas en la Ley de Defensa del Consumidor.

4.4) No entrega del Informe del Liquidador de Siniestros:

Una absurda situación que suele darse en los siniestros de seguros, es que el “Informe del Siniestro” elaborado por el Liquidador de siniestros, solamente es entregado a la Aseguradora (y no al propio asegurado).

Obvio es señalar que el propio asegurado, es el principal interesado dado que ha sufrido un siniestro. Pero los usos y costumbres nos demuestran que generalmente, no se le entrega el ‘Informe de Liquidación del siniestro’ al asegurado.

¹⁶⁸ KEETON, Robert F. - WIDISS, Alan; Insurance Law (a guide to fundamental principles, legal doctrines and comercial practices), pág. 919, acápite 7.10 (b) ‘Justifications for and against, and standards for, awards of Punitive Damages’, Ed. West Publishing Company, Minnesota, Estados Unidos, 1988.

¹⁶⁹ LOCKWOOD TOOHER, Nora; “Arizona jury awards U\$S 55.000.000 in auto insurance case”, publicado en Lawyers USA, página 18, de fecha Mayo de 2009.

Esta irrazonable situación, nos llevó a escribir el artículo “El Proceso de Liquidación de Siniestros de Seguros y ‘El Proceso’ de Franz Kafka: (dos almas gemelas ?”, publicado en el Diario ‘La Ley’, de fecha 13 de Octubre de 2009.

Se suela afirmar que los Liquidadores de Siniestros, son profesionales peritos imparciales, que tienen como función liquidar el siniestro y que no trabajan para proteger los intereses de las Compañías de Seguros...

Al ser ello así, es que no hay ninguna duda, que cuando realizan dicho ‘Informe’, tienen que presentar una copia a la Aseguradora y otra al asegurado.

Si no lo hicieran, el asegurado debería intimar al Liquidador de Siniestros y a la Aseguradora, bajo apercibimiento de aplicación de ‘daños punitivos’ (y pudiendo hacer uso de las ‘Medidas Autosatisfactivas’).

4.5) Rechazo de siniestros sin fundamento válido y razonable:

El Art. 56 de la Ley de Seguros, es una de las normas más importantes para la protección de los consumidores de seguros, estableciendo —entre otras cosas— que en el caso que la Aseguradora rechace el siniestro, debe dar los fundamentos puntuales y específicos (bajo apercibimiento, sea considerado aceptado *iure et de iure*)¹⁷⁰

No obstante ello, si la Compañía de Seguros no realiza un rechazo de siniestro fundado y sustentado, e —igualmente— obliga al asegurado a realizar un juicio que dura varios años; en estos casos en particular, al ser la Aseguradora concedora de su propia sinrazón, es que corresponde la aplicación de daños punitivos.

5) Monto de los ‘Daños Punitivos’

5.1) El quantum de los daños punitivos, está íntimamente relacionado con la conducta de la Aseguradora. Por ello, es que el Juez deberá establecerlos de acuerdo a si la Compañía de Seguros actuó con culpa grave, o dolo, o con una despreocupación por la sociedad, o si tiene una proceder abusivo, o si repitió dicho accionar en otras oportunidades, etc.

Y, dicho monto debe ser lo suficientemente alto para que la Aseguradora cambie su conducta antijurídica (teniendo en cuenta su patrimonio), y —asimismo— dentro de los límites lógicos, para actuar dentro de la razonabilidad.

A guisa de ejemplo, recordamos que en el caso Exxon Valdez, hace poco tiempo la Corte Suprema de los Estados Unidos, condenó a la Exxon, a pagar la suma de cinco mil millones de dólares (U\$S 500.000.000)¹⁷¹

6) Conclusiones - Ponencia

Como corolario de todo lo antes expuesto, nuestra Ponencia es la siguiente:

¹⁷⁰ SOBRINO, Waldo (Director); ‘Ley de Seguros Comentada’; Art. 56w www.laleyonline.com

¹⁷¹ En este leading case se aplican daños punitivos a la empresa Exxon como consecuencia de daños ambientales producidos en la costa de Alaska, donde el capitán del barco (Joseph Hazelwood), tenía antecedentes de abuso de alcohol y que al momento del accidente estaba en estado de embriaguez. Así Exxon pagó la suma de Dos mil cien millones de dólares (U\$S 2.100.000.000), en concepto de recomposición (‘clean up’) y alrededor de Quinientos millones de dólares (U\$S 500.000.000), por daños compensatorios. Asimismo, también fue condenada en Primera Instancia a pagar Cinco mil Millones de dólares (U\$S 5.000.000.000), en concepto de daños punitivos, que —luego— fueron reducidos a Dos Mil quinientos millones de dólares (U\$S 2.500.000.000, por la Corte del Noveno Circuito; y posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, redujo el monto de los ‘daños punitivos’ a la suma de Quinientos Millones de Dólares (U\$S 500.000.000) (“Exxon Shipping Co. vs. Baker”, de fecha 25 de Junio de 2008)

En cambio, en la Ley 26.361, estableció como límite a las multas civiles, la suma de \$ 5.000.000, es decir, alrededor de U\$S 1.300.000. Si bien es obvio decir, que las economías de los Estados Unidos y de Argentina, tienen diferencias siderales, también es pertinente resaltar que, justamente por ello, es que el tope de los daños punitivos en nuestra patria, son sustancialmente menores.

“Los ‘Daños Punitivos’ son una interesante herramienta para la protección de los ‘Consumidores de Seguros’, y mas allá de la no muy feliz redacción de la Ley 26.361, entendemos que los ‘Daños Punitivos’ son un instrumento para persuadir a las Aseguradoras, para que cumplan en tiempo y forma con sus obligaciones legales”

Así, con la aplicación razonable y equilibrada de los ‘Daños Punitivos’ por parte de los Jueces (y realizando un ‘análisis económico del derecho’), entendemos que es una medida de persuasión para evitar incumplimientos de las Aseguradoras.

Todo ello es porque estimamos que si bien las Aseguradoras tienen la legítima libertad de defender sus intereses (dentro del marco legal), no tienen la libertad para perjudicar a sabiendas a los ‘consumidores de seguros’

Ello es así porque: libertad no es hacer lo que se quiere, sino hacer lo que se debe.

Y, como bien enseñaba Rousseau, en algunos casos: ‘...se los obligará a ser libres... ‘ (a través de los ‘daños punitivos’ —agregamos nosotros—)”

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.sajj.jus.gov.ar

Fecha: 16 DE NOVIEMBRE DE 2010

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art. 1078, LEY 17.418 Art. 56, Ley 24.240 Art. 52 Bis, LEY 26.361

Ref. Jurisprudenciales: “Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)”, CSJN, 13/03/2001