

“Las personas Jurídicas y la ley de defensa del consumidor”

Tipo de proyecto: PIA: Desarrollo

Carrera: Abogacía



Alumno: Berardi, Germán Alejandro

Año: 2014

Resumen:

Este trabajo de investigación analiza si es posible para el Derecho Argentino aplicar la Ley de Defensa del Consumidor en los casos donde las personas jurídicas se ven perjudicadas por ser consumidores finales de una relación de consumo ante contratos sujetos a condiciones generales que poseen cláusulas predispuestas abusivas. Así también detallar cuáles son los fundamentos jurídicos que deberían aplicarse, ya sea admitiendo o restringiendo la posibilidad de que las personas jurídicas puedan acogerse a un régimen de protección propio y quedar exentas de utilizar el régimen común. Se procura dar una solución en cuanto a la aplicación de la Ley 24.240, en referencia a las relaciones entre personas jurídicas, identificando de qué forma y con qué extensión es utilizado por la Ley el término “destinatario final” en la relación de consumo, para lo cual se realizará un análisis del derecho nacional vigente como así también del derecho comparado, integrándolo con los conceptos y comentarios de la Doctrina nacional actual hasta llegar a una conclusión personal objetiva sobre esta dicotomía de proteger a las personas jurídicas, cuando estas son objetivamente destinatarias finales de una relación de consumo a través del régimen tuitivo de Defensa del Consumidor o como última opción dejar su defensa amparada en el derecho frecuente. Buscará responder a las nuevas modalidades de contratación relevadas de la experiencia en la aplicación concreta de la misma, como a las nuevas necesidades del país y del extranjero en la materia.

Abstract:

This research seeks to examine whether it is possible for the Argentine law implementing the Law on Consumer Protection in cases where legal persons are handicapped by being late consumers in a consumer relationship with contracts subject to conditions that have abusive predisposed clauses. So also detail what the legal basis to be respected, either admitting or restricting the possibility that legal persons can benefit from a system of self- protection and be exempted from the common rules are used . It seeks to provide a solution as to the application of Law 24.240 , referring to the relationship between legal persons , identifying how and to what extent it is used by Law the term “ end user “ in the ratio of consumption to which an analysis of the applicable national law as well as comparative law , integrating the concepts and opinions Doctrine of the current national objective to reach a personal conclusion on this dichotomy to protect legal persons shall be , when they are objectively addressed end of a relationship through consumption of the protective regime of Consumer Protection or leave your last option covered in the common law defense. Seek to respond to new types of contracts surveyed experience in the practical application of it, as to the new needs of the country and abroad in the field.

INDICE

Resumen.....2

Abstract.....3

Introducción.....7

CAPITULO I: La defensa del consumidor

1.1 Introducción.....15

1.2.La defensa del consumidor.....16

1.3.El desarrollo del derecho de los consumidores y usuarios.....17

1.4.La evolución hacia el equilibrio en las relaciones de consumo.....20

1.5.El derecho del consumidor: Etapas.....24

1.6.Características de las normas y soluciones del derecho del consumidor.....26

1.7.Derecho, políticas del consumidor y reglas del mercado.....33

1.8.Los deberes del estado en la ley argentina.....35

1.9.La deuda estatal con los consumidores carecientes.....36

1.10Conclusiones.....37

CAPITULO II: Derechos de los consumidores

1.1 Introducción.....39

1.2 Los derechos del consumidor como derechos humanos y su protección constitucional. Tendencias del Estado promocional.....39

1.3 Los derechos básicos de los consumidores antes de la C.N. de 1994.....40

1.4 Los derechos fundamentales de los consumidores.....43

1.5 La Constitución Nacional y los derechos de los consumidores.....52

1.6 La obligación de seguridad o garantía.....53

1.7 El interés del consumidor como interés colectivo o difuso.....54

1.8 Tutela Grupal.....55

1.9 Conclusiones.....56

CAPITULO III: Ley de Defensa del Consumidor 24.240

1.1 Introducción.....59

1.2.Ámbito de aplicación del estatuto de defensa del consumidor.....59

1.3. Personas físicas o jurídicas.....60

1.4. Caracteres.....61

1.5. La relación de consumo. La categoría de consumidor directo.....63

1.6.Sujetos de la relación de consumo. Noción profesional o proveedor.....	64
1.7.El consumidor equiparado como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo o consumidor expuesto.....	65
1.8.Quid del tercero damnificado.....	66
1.9.Sujetos del contrato de consumo. Sujetos equiparados.	66
1.10.Sujetos del contrato de consumo.....	67
1.11.Sujetos excluidos.....	67
1.12.Objeto del contrato de consumo en la Ley de Defensa del Consumidor.....	68
1.13.El consumo final sinónimo de no profesionalidad.....	69
1.14.Conclusiones.....	71

CAPITULO IV: Cláusulas Abusivas

1.1.Introducción.....	73
1.2.Cláusulas abusivas: desnaturalizan el vínculo contractual.....	73
1.3.La protección del consumidor contra las cláusulas abusivas.....	74
1.4.Consideraciones iniciales y provisionales sobre las razones y efectos del control sobre las cláusulas abusivas.....	77
1.5.Caracterización de la cláusula abusiva como un supuesto de antijuridicidad.....	78
1.6.Efectos derivados de la caracterización de las cláusulas abusivas como supuestos de antijuridicidad.....	79
1.7.Cláusulas abusivas antijurídicas y la ley de defensa del consumidor.....	80
1.8.Alcance de la nulidad de los contratos.....	81
1.9.La conservación del acto sobre la base de la preservación del propósito.....	81

CAPITULO V: Protección jurídica del consumidor: Personas Jurídicas.

1.1.Introducción.....	84
1.2.Protección jurídica del consumidor.....	84
1.3.Las personas Jurídicas como consumidoras finales.....	87
1.4.Antes de la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor.....	88
1.5.La reforma introducida por la ley 26.361. Sujetos de la relación de consumo. Noción profesional o proveedor.....	91
1.6.Pautas interpretativas.....	94

1.7. Interpretación de Cláusulas abusivas en la locación de inmuebles.....	97
1.8. Conclusiones.....	100
Conclusión final.....	101
Bibliografía.....	105

Introducción:

Este trabajo analiza en profundidad si es posible para el Derecho Argentino aplicar nuestra Ley de Defensa del Consumidor en los casos donde las personas jurídicas se ven perjudicadas como consumidores finales de una relación de consumo ante contratos sujetos a condiciones generales que poseen cláusulas predispuestas abusivas.

Determina cuáles son los fundamentos jurídicos que deberían aplicarse; ya sea admitiendo o restringiendo la posibilidad de que las personas jurídicas puedan acogerse a un régimen de protección propio y quedar exentas de utilizar el régimen común, típico de las personas físicas, además orienta hacia una posible solución acerca de la aplicación de la Ley 24.240 a las relaciones entre personas jurídicas realizando un análisis exhaustivo del derecho nacional vigente como así también del derecho comparado, integrándolo con los conceptos y comentarios de la doctrina nacional actual hasta llegar a una conclusión personal objetiva sobre esta dicotomía de proteger a las personas jurídicas, cuando éstas son objetivamente destinatarias finales de una relación de consumo a través del régimen tuitivo de Defensa del Consumidor o como última opción dejar su defensa amparada en el derecho frecuente.

Buscará responder a las nuevas modalidades de contratación relevadas de la experiencia en la aplicación concreta de la misma, como a las nuevas necesidades del país y del extranjero en la materia. El problema es analizar si las personas jurídicas se encuentran protegidas por la ley de defensa del consumidor cuando actúan como consumidores finales en la relación consumo ante contratos sujetos a condiciones generales que poseen cláusulas predispuestas abusivas, reflexionar cuáles son los fundamentos jurídicos que deberían aplicarse, ya sea admitiendo o restringiendo la posibilidad de que las personas jurídicas puedan acogerse a un régimen de protección propio.

Hoy día la dinámica comercial moderna acelera los tiempos y en repetidas oportunidades la Ley no tiene la misma capacidad de respuesta ante los avances del comercio, tal es así que algunas formas de contratación dejan interrogantes sobre qué forma jurídica se debe adoptar. Los contratos de adhesión hacen a la masividad y también a la necesidad imperiosa de entidades en reducir el riesgo, muchas veces con cláusulas predispuestas abusivas frente a la contratante, por lo tanto, el modo de actuar

en defensa de esta modalidad de contratación, es aplicando el régimen de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, (LDC en adelante).

En algunas oportunidades nos encontraríamos con que éstas quedarían fuera de la normativa pero no siempre debe ser así debido a que también hay personas jurídicas que si son “destinatarios finales” como lo impone la ley de defensa del consumidor por ello estamos frente a una dicotomía, aceptarla en un sentido amplio o restringido, cualquiera de estas soluciones nos llevara a tomar distintos caminos, pudiendo recurrir a las normas de la LDC o no (Álvarez Larrondo, 2000).

Describiré el concepto de consumidor de acuerdo a la normativa enfocado al ámbito material de la misma en relación a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión cuando sus contratantes son personas jurídicas. La finalidad de este trabajo es fortalecer la posición de la parte más débil en la relación de consumo, para establecer una situación de equilibrio que es necesaria en el libre juego de las reglas del mercado. Las normas protectoras del “Derecho del Consumidor” funcionan acordonando la autonomía de la voluntad para evitar que el negocio que concierten los individuos que da nacimiento a un acto de consumo, pueda desnaturalizar aquellas normas de orden público, se regula esa libertad contractual para que se ejerza sin lesionar intereses connotados por el bien de la comunidad.

Este es un trabajo investigativo que pretende determinar vías de solución para problemas contractuales que se suscitan en la actualidad, teniendo en cuenta que la actividad negocial se modifica asiduamente y se necesitan soluciones para los contratos modernos. Para ejemplificar; si pensamos en un contrato de locación dentro de un centro comercial donde el locatario es una persona jurídica y es consumidor final del servicio, no integra su proceso productivo por lo tanto estaría dentro de la ley que nos ocupa o también podríamos pensar que este locatario (persona jurídica), contrató con el fin de darles mayor confort a sus clientes y de este modo quedaría excluido de dicha normativa protectora (Álvarez Larrondo, 2000).

La LDC no enumera de manera taxativa o enunciativa, en su primer artículo, si las personas jurídicas deben tener alguna característica distintiva para considerarla con debilidades que merezcan la protección de los derechos del consumidor.

Esta labor desde un punto de vista objetivo, delimitará el campo de acción donde las personas jurídicas vinculadas a un contrato de adhesión sujeto a condiciones

generales, con sus componentes desiguales y desequilibrio entre los contratantes desde el inicio de la relación jurídica, pueda ser o no regulado y tutelado por la Ley 24240 o deberá utilizar el derecho común de nuestro ordenamiento.

Es de suma importancia poder identificar cuando existen cláusulas abusivas en los contratos con condiciones generales para brindar el marco protectorio adecuado, se deben analizar las técnicas de formación de contratos y de definición de su contenido y modos de ejecución, que por excelencia se materializa mediante los contratos de adhesión. Se deberá evaluar con criterio objetivo los argumentos que allí se invoquen para que la redacción de dichas cláusulas no justifique una desavenencia de la reciprocidad contractual.

El presente documento tiene utilidad práctica ante casos particulares que merecen atención y estudio como así también teórica, brindando un punto de vista sobre el tema objetivamente analizado desde la Doctrina y Jurisprudencia aplicable a la materia de estudio.

Los objetivos específicos de esta investigación buscan analizar la definición de consumidor en la ley 24240, distinguir la relación de consumo que es el elemento objetivo de la ley 24240, explicar quiénes son los destinatarios finales en una relación de consumo, dilucidar si debería o no que proteger a las personas jurídicas ante cláusulas abusivas mediante la LDC, identificar las distintas opiniones doctrinarias prevalecientes en nuestro derecho sobre el alcance o extensión de la normativa, analizar los fallos jurisprudenciales más trascendentes y la recepción de la normativa en el derecho comparado, determinar la aplicabilidad de una normativa protectora a las personas jurídicas en el derecho argentino.

Como ya he descripto la hipótesis de esta investigación será definir si las personas jurídicas están amparadas por el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor o si deben tomar otros caminos del derecho común, frente a contrataciones sujetas a cláusulas abusivas, la doctrina no coincide en la interpretación.

Asimismo, se pretende identificar de qué forma y con qué extensión es utilizado por la Ley Defensa del Consumidor el término “destinatario final” en la relación de consumo. Para lo cual tendré en cuenta los siguientes interrogantes para este trabajo: ¿Cómo define la ley 24240 al consumidor? ¿Quiénes son los que detentan la calidad de destinatario final en una relación de consumo? ¿Que son las cláusulas abusivas? ¿Cuál

es la opinión de la doctrina? ¿De qué manera las personas jurídicas son protegidas en otros ordenamientos jurídicos?

Depende en que postura nos enrolemos vamos a utilizar la LDC, para la defensa de las personas jurídicas que no estarían incluidas en la misma frente a cláusulas abusivas. Esta problemática fue receptada en la LDC en su art 37¹ y 38², toda la tutela protectoria de la ley siempre está circunscripta a quien tiene la calidad de consumidor; las personas jurídicas incluidas en el art. 1 de nuestra ley 24.240 deben ser usuarios finales para detentar esta calidad, ilustremos con un ejemplo; si se celebra un contrato de locación de inmueble en un centro de compras planificado sujeto a cláusulas predisuestas entre una empresa organizadora y el usuario del mismo (persona jurídica), se podrá decir que el locatario es consumidor final del servicio y no está integrado a un proceso productivo (sentido amplio), o que el mismo está dándole mejores servicios a sus clientes (sentido restringido) y queda al margen de la LDC. (Álvarez Larrondo, 2000). Habrá que estar frente al caso concreto para discernir la calidad de tal, “si el bien o servicio adquirido no se relaciona directa o indirectamente con el tipo de actividad empresarial o comercial del adquirente se supone que es para su uso o consumo personal o doméstico” (C.Civ. y Comercial Común Concepción, 2003/06/10, in re Demos S.R.L. c. Hyundai Motor Argentina y otro, LLNOA, 2004-296 con nota a fallo de Daniel E. Moeremans).

En la nota a fallo, con relación a la etapa procesal y a la prueba para rebatir la aplicación de la ley 24.240 a la persona jurídica, Moeremans (2005) afirmó: “sí quedaría excluida, si el demandado hubiera invocado oportunamente y acreditado que el vehículo adquirido lo fue para integrarlo en un proceso de comercialización de bienes, ya que se hubiera relacionado con dicho proceso de manera específica o genérica (la actividad de la sociedad es la promoción de tarjetas de crédito)”.

¹ Artículo 37.- “Interpretación. 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”.

² 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”.

La ley 24.240 es clara y específica en la regulación cuando dice en su art 1. “*Se consideran consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas...*”, subjetivamente estamos frente a un consumidor persona física o jurídica que está posicionado como destinatario final del circuito económico.

La ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de España del año 1984 en su art. 2 dice “...Son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren utilizan o disfrutan como destinatarios finales....”

La ley de Portugal de defensa del consumidor del año 1981 define en su art.2 “... son considerados como consumidores todas las personas a las que los bienes o servicios públicos les son abastecidos para su uso privado....”

En Argentina la definición de consumidor es similar, art 1 ley 24240 con la reforma de la ley 26361 “... 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 quiere el legislador es la protección del consumidor frente a la situación de desigualdad en la que se halla inmerso frente a una relación de consumo y más aún en los contratos por adhesión, la Corte de Justicia de Mendoza con criterio dice: “...” la situación de desigualdad entra las partes, característica de los contratos por adhesión ,se agrava en los contratos informáticos, en los cuales el cliente, por ignorancia técnica, no puede establecer juicio sobre el producto o servicio que se le propone (Sala 1, 05/02/1990,” Sistex J.A. c. Valerio Oliva S.A.” JA, 1990-II-318).

La ley Argentina no se enrola en la postura de la comunidad económica europea donde solo protege a las personas físicas en relación a la directiva 93/13 del consejo de la CEE”... *Artículo 2* efectos de la presente Directiva se entenderá por: b) « consumidor »: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional...” ; así se aparta del proyecto de ley de defensa del consumidor elaborado por A. Alterini, R.M. López Cabana y G.A. Stiglitz (Stiglitz, 1990) , quienes acotaron el ámbito subjetivo solo a las personas físicas, nuestro país se optó por un criterio amplio ya que no distingue entre individuos o personas jurídicas, ni en distintas escalas entre las últimas si son empresas grandes, medianas o pequeñas (Bercovitz Rodríguez-Cano, 1984).

Buscando la pauta objetiva dentro de este marco de regulación necesitamos que

la relación sea de consumo para caer dentro de la normativa y no solo subjetivamente a la persona, objetivamente el acto jurídico independientemente de esa condición que no sea para integrarlos en un proceso de producción, transformación o comercialización que la LDC excluye a estos actos de su normativa protectoria.

Cuando hablamos de cláusulas abusivas; que son aquellas que están socavando la libertad contractual de las partes, y dejan de lado toda la teoría clásica del contrato a la cual debería tener una reformulación ante la demanda incipiente de nuevas formas de contratar, ya que ante este tipo de contratos con cláusulas predisuestas solo media a la contraparte el consentimiento, debe el Estado poner en un plano de igualdad a la parte más débil en la conformación contractual, velando por mantener una paridad jurídica, no siempre la jurisprudencia lo ha sostenido así “ La definición de cláusulas abusivas - en los términos del art. 37 de la ley 24.240 de defensa del consumidor (Adla, LIII-D, 4125) - se refiere al contenido contractual, con exclusión de las prestaciones esenciales de las partes, esto es, bienes o servicios que hayan de proporcionarse y -como en el caso- la contraprestación que hayan de pagar por ellos así como su equilibrio económico, que es materia que debe quedar siempre reservada a la autonomía de la voluntad de las partes y a lo que en ejercicio de ella se haya podido disponer - El ámbito para impugnar las cláusulas esenciales de un contrato -como, en el caso, la fijación de común acuerdo de intereses por el uso de capital- no es el del art. 37 de la ley 24.240 de defensa del consumidor, sino el de derecho común, pues su determinación implica el ejercicio de una libertad, y el legislador no se inmiscuye en la fijación del precio de un contrato”(CACyCCT, sala III, 13/03/2000, in re Banco Integrado Departamental Coop. Ltda. c. Roldán, Irma, LA LEY 2000-F, 970 - LLNOA 2000, 1142, cita on line: AR/JUR/3437/2000), fallo errado en su concepción porque el legislador lo que quiso es establecer un mecanismo para la defensa de los interés de los consumidores en un sentido muy amplio y no restringir su aplicabilidad y por si fuera poco el mismo con el art 37 (LDC) nos dice “La interpretación del contrato se hará en el sentido *más favorable* para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.”

Para Mosset Iturraspe y Lorenzetti (1994), no puede quedar fuera de este esquema protectorio de la LDC las personas jurídicas como consumidores, cuando éstas son pequeñas o medianas frente a corporaciones en los contratos celebrados sobre condiciones generales.

Para Stiglitz Gabriel (1995), “el espíritu de la ley de defensa del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas”, no quiere decir que las personas jurídicas no tengan protección, que las personas jurídicas que celebran contratos de consumo, simplemente no pueden invocar la LDC, pero gozan de la tutela emergente del derecho común (Stiglitz, 1994).

Debemos tener un criterio amplio que nos permita utilizar el régimen de esta ley ante casos particulares donde la protección es válida ante desigualdades como lo son los contratos de adhesión con cláusulas predisuestas.

La metodología utilizada para llevar adelante este desarrollo es científica como la define Tamayo y Tamayo (2003) es “un proceso que, mediante el método científico, procura obtener información relevante y fidedigna para entender, verificar, corregir o aplicar el conocimiento”, dicho conocimiento se adquiere para relacionarlo con las hipótesis presentadas ante los problemas planteados, con un tipo de estudio descriptivo. Según Best J.W.(1970), la investigación de este tipo “comprende la descripción, registro, análisis e interpretación de la naturaleza actual, y la composición o procesos de los fenómenos”, porque se estudia el comportamiento actual del sistema para aplicar conocimientos producto de otros estudios realizados y de conocimientos adquiridos por medio de la investigación propia, en este marco, que postura es correcta en asimilar a las personas jurídicas como destinatarios finales en una relación de consumo cuando se enfrentan a contrataciones con condiciones generales y ante estipulaciones desmedidas.

La estrategia metodológica que se utilizará es del tipo cualitativo, como dice Tamayo y Tamayo (2003), “no impone visiones previas, el investigador cualitativo suspende o aparta temporalmente sus propias creencias, perspectivas y predisposiciones, además es abierta no excluye de la recolección y análisis de datos puntos de vista distintos.” El objeto de estudio nace a partir de la creación de la Ley de Defensa del Consumidor número 24.240 en el año 1993 y su modificatoria 26.631 del año 2008, relacionado con las diferentes actitudes interpretativas que se le puede dar a la expresión “destinatario final” de una relación de consumo entre personas jurídicas. Actualmente, no son uniformes las posturas doctrinarias sobre el tema, ergo, los niveles de análisis de estudio comprenderán no solo a la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional sino también al derecho comparado donde se reflejará algunas de las situaciones actuales y cuál es su tratamiento.

CAPITULO I:

La defensa del consumidor

Sumario: 1. Introducción.- 1.2. La defensa del consumidor.- 1.3. El desarrollo del derecho de los consumidores y usuarios.- 1.4. La evolución hacia el equilibrio en las relaciones de consumo.- 1.5. El derecho del consumidor: Etapas.-1.6. Características de las normas y soluciones del derecho del consumidor. - 1.7. Derecho, políticas del consumidor y reglas del mercado.- 1.8. Los deberes del estado en la ley argentina.- 1.9. La deuda estatal con los consumidores carecientes.- 1.10.Conclusiones.-

1. Introducción

En el presente capítulo se realiza una introducción al tema objeto de estudio de investigación para lograr sumergir al lector en los conceptos básicos.

Partiendo desde la idea que el tema defensa del consumidor es un postulado de derecho, política y economía que busca lograr un equilibrio en las relaciones de consumo entre usuarios y consumidores, se analizó el momento histórico que dio lugar al surgimiento y toma de conciencia, como así también cuales fueron las etapas por las que tuvo que transitar hasta lograr la protección jurídica que conocemos hoy en día que tiene por finalidad inoculable operar a favor del consumidor.

1.2 Introducción a la defensa del consumidor.

La defensa del consumidor es un postulado del derecho, la política y la economía, que persigue como propósito la búsqueda de un marco de equilibrio en las relaciones de consumo entre empresarios y consumidores o usuarios. Se pretende dotar al consumidor de derechos, 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.

Los mecanismos adaptados por los proveedores de bienes y servicios en los diferentes ramos de la producción, publicidad, comercialización y contratación, revelan un notorio fenómeno de enturbiamiento del mercado, que pone en crisis la vigencia de los imperativos de transparencia, equidad, calidad y seguridad, que deberían garantizar la protección de los intereses de los consumidores.

En la actualidad hay disparidad importante de fuerzas entre empresarios y consumidores en las relaciones de mercado, la producción y la publicidad tienden a orientar la demanda, a modelar el consumo según las condiciones de la empresa propendiendo a crecentar las adquisiciones, proponiendo a los consumidores novedades constantes y estimulando la creación de necesidades artificiales con la misma finalidad, se diseñan métodos de comercialización cada vez más agresivos y se incita al crédito y al endeudamiento, todo ello contribuye a la determinación de pautas de comportamiento o normas sociales de consumo, que inciden perturbando la espontaneidad en la elección, la libertad y racionalidad de las decisiones de los consumidores, este mismo adolece a menudo, en comparación con la posición del

empresario, de situaciones de inferioridad, motivadas en razones de orden económico, social o cultural, de poder de negociación, en cuanto el contenido de los contratos celebrados por adhesión sujetos a condiciones generales de contratación. El consumidor aparece habitualmente desinformado sobre las características del bien o servicio objeto de la operación, y acerca de las modalidades técnicas, jurídicas y financieras del negocio, a menudo las garantías debidas se frustran, porque los productos y servicios se proveen defectuosamente, por vicios de calidad y falta de seguridad, provocando daños a los consumidores, dejando insatisfechas las necesidades que se procuraba colmar a través de la adquisición, finalmente cuando los intereses de los consumidores aparecen amenazados o afectados, estos necesitan sistemas administrativos y judiciales ágiles para la solución de sus conflictos, para no quedar sometidos a asistir resignados a la violación de sus derechos.

Estas y tantas otras realidades exigen reconocer la vulnerabilidad del consumidor en las relaciones de mercado, las políticas económicas, las reglas del mercado y los sistemas de economía libre, podrán brindar al consumidor una ayuda global y genérica, calidad y precio de los bienes y servicios, entre otras.

Pero un verdadero sistema de soluciones específicas que garantice la efectiva tutela de los intereses de los consumidores, contra las prácticas empresariales que generan su posición de vulnerabilidad, únicamente puede emerger del derecho, del florecimiento de un nuevo derecho, que es el derecho del consumidor.

Norbert Reich (1985) dice “que el consumidor se encuentra en una situación estructural que no puede ser compensada económicamente, sino tan solo mediante el ejercicio de medidas de política jurídica.” En cierto modo el derecho del consumidor viene a compensar determinadas deficiencias funcionales del mercado en el orden de la economía.

Captar la posición de debilidad estructural del consumidor en las relaciones de consumo, admitir la insuficiencia de las reglas de mercado y de las normas del derecho tradicional y diseñar por ende un sistema jurídico de protección intensa, que pretende asegurar a quienes ocupan los planos inferiores su elevación hacia un punto de equilibrio respecto de los más fuertes.

Históricamente y universalmente, el movimiento de protección jurídica del consumidor inicia su desarrollo a través de la formulación de diversas declaraciones de los derechos fundamentales de los consumidores.

Es el primer estado de una evolución superadora de las concepciones del derecho tradicional. Pero la declaración de los derechos del consumidor, por si, no pasa de constituir apenas un marco para el desenvolvimiento de un verdadero sistema de protección, que requiere adicionalmente la formulación de normas especiales, protectoras, preventivas, efectivas y colectivas, y de políticas gubernamentales concretas y particularmente dirigidas a los consumidores con mayores carencias económicas y sociales.

1.3 El desarrollo del derecho de los consumidores y usuarios.

La toma de conciencia de la necesidad de la defensa del consumidor de bienes y usuarios de servicios, comienza a estar presente en el discurso político a mediados de la década de los años sesenta del pasado siglo; es la década donde se verifican las primeras asociaciones de consumidores; todo ellos impulsado, por el advenimiento de la sociedad industrial, la cual debía abastecer a una población creciente, para lo cual incorporo el uso intensivo del capital de modo de posibilitar la aplicación de la ciencia a aquel proceso de producción de bienes (Alterini A., 1996), introdujo a las masa en el sistema productivo desde el costado del consumo. La producción en masa necesita de demanda masivo, reclama, en consecuencia, una contratación masiva, como vehículo de una comercialización de igual índole.

El robustecimiento del sistema productivo determina, el desenvolvimiento del sistema de comercialización, el cual desarrolla técnicas de persuasión e incentivación de la demanda que estimula el consumo. (Arce de León, Alicia Moreno, Luque Carmen y Aza Cornejo M., 1995)

La realidad expuesta, desde la época señalada no ha dejado de evolucionar. El fenómeno, durante aquellos años era estigmatizado mediante la construcción del concepto “sociedad de consumo”, concebido como un sujeto social que es inducido por el poder de los proveedores de bienes y servicios a la satisfacción de necesidades materiales artificialmente creadas (Ferrier, 1996). Distaba de ser algo pasajero para instalarse y convertirse en el anhelo de toda sociedad moderna.

La embrionaria idea de la defensa del consumidor ante la calidad de los productos y las condiciones de su contratación van en crecimiento hasta que en el año

1960 el todavía candidato a Presidente de los E.E.U.U. John F. Kennedy enarbola los derechos de los consumidores como divisa de campaña; lo que es planteado, una vez en el gobierno, como programa de acción, en el famoso discurso del 15 de marzo de 1962. Allí enumera los derechos fundamentales de los consumidores a la seguridad en el consumo de productos; a la información, a la libre elección y a la representatividad de los consumidores.

Este hito americano tuvo decidida influencia en Europa, en donde el fenómeno comienza a diseminarse en la década del sesenta, principalmente en Francia, en la entonces República Federal Alemana y en el Reino Unido. Por esos años Europa estaba recolectando los primeros frutos de la reconstrucción de postguerra, consolidándose una economía de mercado, y paralelamente en el ámbito político, coopera en el desarrollo de los derechos de los consumidores.

Este proyecto importó concebir al territorio continental, como un mercado único para cuyo fin los estrategas europeos tuvieron bien presente el protagonismo del consumidor como sujeto principal en rededor del cual gira una economía de mercado, en efecto el 14 de abril de 1975 , se establece un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para la política de protección e información de los consumidores a partir de ese momento la preocupación europea por la protección del consumidor no ceso, alcanzando inclusive el nivel institucional más trascendente al incluirlo en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

La explosión industrialista de mediados del siglo XX que combino uso intensivo de capital y ciencia, hoy derivo en la sociedad tecnológica; caracterizada por la innovación permanente; la cual se genera en la oferta de los bienes y servicios y se presenta al mercado masivo, influyendo en los hábitos no ya de consumo, sino de vida. De este modo los proveedores de bienes y servicios compiten por estar cada vez más presentes en las decisiones presupuestarias de sus clientes, creando la necesidad en el consumidor a partir de la mentada innovación, aparece la necesidad de fidelización; el valor de la marca; la presencia social de las empresas, todo vinculado ya no a que consuma, sino a que vuelva a consumir. El cliente debe evolucionar a la par de lo que se produce, por ello la amortización de la satisfacción que cada producto y servicio concede al consumidor es cada vez más veloz, el ciclo de satisfacción se acelera; el recambio por la nueva versión se impone, ofreciéndose una superación cualitativa indudable, pero que consiste en más consumo y esta realidad evolutiva presiona no

solamente sobre el sistema de producción, sino sobre el sistema de comercialización, que no es otro que el intermediario entre la producción y el consumidor.

En el proceso de comercialización aparecen dos aliados, la publicidad y el crédito. La publicidad es la que le presenta la necesidad de innovación al consumidor, no se contenta con la presentación y muestra la oferta, tiene la misión de acompasar a los consumidores a aquel ritmo evolutivo. La persuasión es la herramienta pero el discurso ya no es el método. La forma de generar convicción en el consumidor es por medio del diseño de nuevos hábitos, marcando la agenda del quehacer diario de los individuos, genera costumbres, idiosincrasia, que de por su solo conduce al consumo.

Desde esta perspectiva hay una visión totalizadora del concepto de producto, todo es susceptible de ser comercializado, todo aspecto de la vida social es observado como una oportunidad de negocio, las mentes de los emprendedores definen la personalidad del empresario moderno que se destaca por ese poder de identificación de las oportunidades de recrear un servicio y/o producto. Por su parte, el crédito, mediante la aparición de sofisticados sistemas financieros que abren líneas de crédito al consumo en forma casi imperceptible, permiten “anticipar” el goce de bienes de forma tal que de saciar el anhelo consumista; invadiendo la capacidad de pago del consumidor, quien finaliza por ser gobernado más por aquella ansiedad que por decisiones presupuestarias en términos de utilidad y conveniencia.

Lo descripto no espera desincentivar el consumo, sería un grave error confundirlo con una arenga en su contra con la invitación a una vuelta de forma de vida primitiva. Tampoco pueden desconocerse los beneficios que la humanidad ha recibido por el desarrollo. En cambio, si es útil para enfatizar las asignaturas pendientes.

Lo expuesto pretende poner en evidencia no solo la trascendencia del derecho de consumo, sino que el desarrollo de la disciplina expone la debilidad de la regulación del mercado entendido en su totalidad. En efecto, con la defensa del consumidor se propende a una regulación del mercado que tiende a aumentar la transparencia de su funcionamiento, de poco sirve una regulación acertada de un instituto en particular si el ámbito en donde ella se recrea no ofrece condiciones para que la patología no se prevenga: la evitación de cláusulas abusivas transita tanto por el juego de transparente de una oferta plural de bienes y servicios que por la regulación particular de cada una de ellas. El desarrollo de medidas para recrear reglas de juego transparentes es una

asignatura pendiente en el derecho nacional.

La problemática del consumidor conduce a preconizar una actividad estatal inteligente, que debe conducir a un acceso de consumo lo más amplio posible, desarrollando un modelo de derecho de la competencia, en donde se promueve la multiplicación de la oferta y la apertura plural de modo de asegurar inversión para la innovación y la superación de los oferentes entre sí. La exigencia de la competencia reclama reglas de juego transparentes que garanticen grados aceptables de seguridad jurídica, para permitir el ingreso y permanencia de los participantes. El robustecimiento de la oferta permite mayor calidad de bienes y servicios, a la vez que optimiza los precios; la concurrencia plural permite la segmentación de la oferta de modo de llevar mayor satisfacción a la sociedad en condiciones de consumir, permitiendo el acceso al consumo de ciertos bienes inaccesibles para determinados grupos de individuos.

1.4 La evolución hacia el equilibrio en las relaciones de consumo.

Hay un nivel notable de estrechez entre consumidor y contratación, a tal punto que en principio, los canales de acceso al consumo de bienes y servicios, tienen naturaleza contractual, el equilibrio en las relaciones de consumo será, un postulado simétrico al de la justicia contractual.

Indagar sobre la evolución hacia el equilibrio en las relaciones de consumo, conduce a los caminos del derecho de los contratos y las implicaciones de su propia evolución: la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, sus ulteriores limitaciones, la incidencia del neoliberalismo y los actuales intentos de retorno al control, la regulación y la protección de la parte débil.

La situación inicial aparece determinada por la concepción individualista del siglo XIX, que a partir de la codificación francesa, impero universalmente como un dogma absoluto, inspirada en el principio de la autonomía de la voluntad, supone que los hombres son libres por esencia y no se pueden obligar más que por su propia voluntad. Que es mejor dejar que ellos mismos regulen sus relaciones jurídicas, antes que tratar de regularlas por la fuerza de la ley, la voluntad es creadora del contenido y de las consecuencias de los contratos y estas consecuencias no existen sino porque son voluntariamente queridas. Finalmente como los hombres no pueden obrar contra sus

intereses, sus obligaciones, por ellos contraídas, no pueden ser sino justas. (Stiglitz, 1991)

La vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, así es consagrada en nuestro Código Civil en su artículo 1197: *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”*.

Las mutaciones sociales luego emergentes (industrialismo, masificación, etc.) fueron generando una resistencia de la moderna ciencia jurídica, contra la rigidez inicial de esa concepción tal como fue formulada se hizo ostensible la injusticia contractual basada en el egoísmo individualista, que atentaba contra intereses esenciales de la comunidad.

La libertad era incompleta, irreal, y la igualdad meramente teórica, a partir de la inferioridad económica de una de las partes de la relación obligacional, la experiencia demostró que el contrato no es forzosamente justo, que con frecuencia consagra el aplastamiento del débil por el fuerte.

Y si uno de los contratantes puede imponer al otro su voluntad, el contrato solo expresa la ley del más fuerte; y entonces se alteran los términos: en esas condiciones, es la libertad la que esclaviza y es la ley la que libera, a partir del acuñamiento de esta nueva concepción humanista y solidaria, se reconoce la necesidad de la intervención del Estado, a través de soluciones legislativas, judiciales y administrativas, para que los contratos se conformen con el bien común, los principios esenciales de la justicia y el orden público, intentando con ello recomponer el equilibrio en el marco del interés social.

Si la igualdad entre los contratantes ha dejado de existir y el puro juego de la libertad contractual clásica, supone dejar a uno de los contratantes, el económicamente más débil, a merced del otro, el Estado debe intervenir para preservar el equilibrio. Desde esta perspectiva, el contrato no es ya solo un asunto particular de los intervinientes en él, sino en nuestra realidad ha pasado a ser una institución social que no afecta únicamente los intereses de los contratantes y entonces la sociedad, representada por el Estado, asume el control del contrato en sus aspectos fundamentales (Diez Picazo, 1972).

Ello se tradujo en nuestro Código Civil en la reforma del año 1968, en la incorporación de instituciones que se sumaron a los límites al principio de la autonomía de la voluntad, ya vigentes desde la redacción originaria del Código el orden público, la

regla moral, a ellos se agregaron la regla de la buena fe y las figuras de la lesión, la imprevisión y el abuso de derecho.

Todas estas, son válvulas abiertas que habilitan el control judicial de la justicia contractual. Pero se trata de reglas generales, todas sujetas a parámetros de interpretación y aplicación que dependen de variadas apreciaciones jurisprudenciales y que devienen como resultado final de procedimientos ordinarios y principalmente sancionatorios.

La defensa del consumidor ha exigido, por el contrario, una evolución ulterior, hacia, hacia la estructuración de un sistema de normas específicas particularmente eficientes y preventivas. No sería suficiente dejar como único mecanismo de protección al consumidor, la aplicación judicial de las reglas generales que operan como límite a la autonomía de la voluntad. Las técnicas de agresión hacia el público no quedan ya acotadas por la cuestión del equilibrio entre las prestaciones, resuelta eficazmente a través a través de los institutos de la lesión, la imprevisión, el abuso del derecho, etcétera.

Actualmente, la desigualdad en el poder de negociación y en el nivel de conocimiento sobre el mercado y el consumo, amenazan la vigencia de la libertad en la contratación, desde muy diversos flancos.

La libertad de contratar (la decisión sobre la celebración del negocio y con quién) aparece restringida por las prácticas monopólicas, el desabastecimiento, la persuasión publicitaria y las técnicas abusivas de comercialización.

La libertad contractual (la elección del contenido del acto) esta enrarecida por la predisposición unilateral de las condiciones generales de los contratos por adhesión, por parte del empresario.

En razón de esa misma diversificación de los mecanismos de agresión al consumidor, el control de las relaciones de consumo se debe ejercer sobre la base de respuestas especiales (Jean Calais -Auloy, 1992):

a) Soluciones ya no sustentadas en válvulas generales, sino en normas concretas, por ejemplo, represión del monopolio y el desabastecimiento; reglamentación de la publicidad y técnicas no ortodoxas de comercialización; invalidez de la cláusulas contractuales abusivas; sanción de regímenes rigurosos de garantías y responsabilidades de defectos de calidad y seguridad de los bienes y servicios suministrados, etc.

b) Esas soluciones concretas del derecho sustancia (que atañen a relaciones de derecho privado, entre el consumidor y la empresa), tendientes a garantizar los intereses de los consumidores, deben ser aplicadas en el marco de una transformación dinámica del ámbito judicial (en orden a la celeridad y actuación cautelar y preventiva), y asimismo, acrecentando el desarrollo de instancias conciliatorias, judiciales o inclusive administrativas. Sin perjuicio del ejercicio de los derechos del consumidor por dichas vías, la administración también debe actuar sobre los mismos hechos lesivos del consumidor, a efectos de juzgarlos (ya en el ámbito de la relación de derecho público entre el poder de policía del Estado y la empresa) como eventuales faltas.

Un sistema de protección jurídica del consumidor diseñado de esta manera, no se puede desprender del complejo contexto dentro del cual se desenvuelve.

Por un lado, es el resultado de una evolución que se inicia a partir de la declaración de los derechos esenciales de los consumidores a saber: El célebre mensaje especial del presidente John F. Kennedy al Congreso norteamericano sobre protección de los intereses de los consumidores (15 de marzo de 1962) ; la carta Europea de Protección al consumidor del Consejo de Europa (1973); el Programa Preliminar para un apolítica de protección e información a los consumidores de la Comunidad Económica Europea (1975), y su Segundo Programa (1981); las directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas (1985), y decenas de leyes de defensa del consumidor en diversos países, que en el nuestro se registró en el año 1994, a través de su incorporación en el artículo 42 párrafo 1° de la Constitución Nacional donde reza:

“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.”

Pero el conocimiento de los derechos de los consumidores ha de implicar también y muy especialmente, la consagración de un abanico de deberes del Estado, para la satisfacción de los intereses del público (asegurar el acceso al consumo sin discriminación, brindar información y educación, ejercer controles, etc.). Así lo impuso el mismo artículo 42 de la Constitución Nacional cuando dispone que las autoridades deban proveer a la protección de esos derechos.

1.5 El derecho del consumidor.

El derecho del consumidor es un sistema global de normas, principios e instituciones e instrumentos de implementación, consagrados por el ordenamiento jurídico a favor del consumidor (Benjamín A., 1993), para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en sus relaciones con los empresarios.

Vienen a desplazar concepciones del viejo derecho de los comerciantes, del derecho mercantil codificado, de talante liberal, ahora sustituido por el derecho del consumidor, del tráfico mercantil masificado, políticamente comprometido con los ideales del Estado social, provocando una progresiva desmercantilización de las relaciones comerciales y la correlativa socialización del nuevo derecho, para hacerlo más solidario y humanizado (Font Galant, 1990).

Se trata de una transformación de los sistemas jurídicos nacionales y supranacionales, a través de la gradual instrumentación de normas, instituciones y procedimientos de protección de los consumidores:

- Reconocimiento normativo de los derechos de los consumidores;
- El establecimiento de soluciones sustanciales del derecho de fondo;
- La instrumentación de mecanismos de implementación de los derechos y soluciones sustanciales.
- La predisposición de políticas de defensa del consumidor que se integren con el sistema de protección jurídica;
- La destinación de esas políticas, a favor de todos los sectores de la población y particularmente, de los consumidores más necesitados.

1.5. A) Etapas:

Una primera etapa, de protección jurídica casi nula, se verifica cuando las relaciones de consumo comienzan a revelar al consumidor como parte débil (masificación, desigualdades reales, desinformación, etc.). Menesterosa de tutela, pero aun sin respuestas precisas del derecho positivo, apenas algunas garantías tradicionales, como la de los vicios ocultos, conferían una cierta protección al comprador (Benjamín A., 1994).

Ella aconteció en nuestro país, con anterioridad a la reforma del Código Civil y

a la sanción de la ley de abastecimiento, lealtad comercial y defensa de la competencia.

Por entonces, las responsabilidades de fabricantes y proveedores podrían ser fundadas solo en la idea de la culpa, la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad era virtualmente ilimitada, impidiendo la revisión de los contratos inequitativos y las conductas anticompetitivas o desleales carecían de un sistema de reacción expresa del ordenamiento jurídico.

1.5. B) La Protección jurídica del consumidor a través de las normas generales, no específicas:

Un segundo período, a partir de la vigencia de las reformas al Código Civil y leyes especiales regulatorias del mercado, permitió diseñar un sistema de protección del consumidor (Stiglitz, 1990), a través de soluciones que, aunque no sean específicas, importan un avance notorio en orden a la equidad en las relaciones de consumo:

1. Las reglas de la justicia contractual, esencialmente de la buena fe (artículo 1198 c.c.) y el abuso de derecho (artículo 1071c.c.), incorporados al Código Civil por la reforma de 1968, que habilitaban el control de judicial de equidad, sobre prácticas abusivas en los contratos de consumo.

2. El régimen de responsabilidad objetiva por daños derivados de productos elaborados, implícitamente emergente de los artículos 1198 del Código Civil (deber de seguridad) en el ámbito contractual, y 1113 del Código Civil (cosas riesgosas o viciosas) en el campo extracontractual.

3. La prohibición del engaño a través de la identificación de mercaderías y publicidad comercial, el control de las ofertas con premios y el régimen de garantías, soluciones todas consagradas por la ley 22.802 de lealtad comercial.

4. El régimen de control de precios y de la comercialización de bienes y servicios, de la ley de abastecimiento 20.680.

5. La represión de conductas anticompetitivas de la ley defensa de la competencia 22.262.

6. El control de los sistemas y contratos de ahorro previo para fines determinados.

Sin embargo y a pesar de los avances, en un análisis comparativo respecto del movimiento universal hacia legislaciones especiales de protección al consumidor, consolidado intensamente desde los años 70, la situación de Argentina, carente por entonces de una ley especial, quedaba planteada en un estadio inferior de evolución de

derecho del consumidor.

Recién el retorno de la estabilidad democrática en 1983 abrió las puertas para legislar por el bienestar de la población, debido a que durante la presencia de regímenes autoritarios no era de esperar una transformación de ese tipo, en el caso de defensa del consumidor.

1.5. C) La protección jurídica del consumidor a través de una ley especial.

La tercera etapa de la evolución del derecho del consumidor se inicia en Argentina con la vigencia de la ley 24.240.

Esta Ley de Defensa del Consumidor termina de consolidar la presencia de un sistema de protección jurídica que, anteriormente estaba fundado solo en normas sustantivas y adjetivas generales, no dirigidas directa y específicamente al amparo de los consumidores (Código Civil, de Comercio y Procesal, leyes de abastecimiento, lealtad comercial y defensa de la competencia, etcétera).

El 22 de septiembre de 1993 el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.240, de defensa del consumidor, la ley fue parcialmente promulgada por el Presidente de la Nación, con fecha 13 de octubre de 1993, mediante el decreto 2089/93, por el cual se produjo el veto de partes importantes del articulado sancionado por el Congreso.

La ley rige en todo el territorio nacional desde el 15 de octubre de 1993, fecha de su publicación en el Boletín Oficial, los antecedentes se remontan a siete años de tramitación parlamentaria, a partir del proyecto de ley presentado en el Senado de la Nación por el senador de la Unión Cívica Radical, de la provincia del Chaco, doctor Luis León, a través de sucesivas modificaciones introducidas en ambas Cámaras, esencialmente, fue recogido el texto del anteproyecto de ley elaborado por los doctores Atilio Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz, se arribó al texto definitivo sancionado por el Congreso, con la salvedad del veto parcial del Presidente de la Nación.

La ley de Defensa del Consumidor contiene tres títulos, separando nítidamente el reconocimiento de los derechos de los consumidores y las soluciones sustanciales del derecho de fondo, de los mecanismos instrumentales de implementación.

1.6 Características de las normas y soluciones del derecho del consumidor.

La Ley 24.240 de Defensa del Consumidor desenvuelve las diferentes notas que deben necesariamente caracterizar al derecho del consumidor como sistema, incorporar normas, instituciones y procedimientos portadores de soluciones:

- 1) de protección;
- 2) específicas;
- 3) preventivas;
- 4) colectivas, y
- 5) efectivas.

1) Normas de protección y defensa del consumidor, el sistema jurídico especial es consagrado por el ordenamiento jurídico, con la finalidad inoculable de operar a favor del consumidor (Benjamín A., 1993). El legislador parte del supuesto de la debilidad estructural de los consumidores en las relaciones con los empresarios.

El Código Brasileño de Defensa del Consumidor en su artículo cuarto, recoge expresamente esa fundamentación, destacando como primer principio del sistema, el reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en el mercado de consumo.

Una debilidad motivada en desigualdades de naturaleza económica y técnica, que lo colocan naturalmente en una posición de desequilibrio (en el poder de negociación, en el contenido del contrato, derechos y obligaciones recíprocos, etc.) y esencialmente, en una desinformación del consumidor en torno al objeto de la relación (sobre la operación realizada, los bienes y servicios provistos, condiciones de negociación etc.).

La ley especial actúa sobre esa situación de desequilibrio, asumiendo la función propia del derecho, de atender a quienes ocupan los planos inferiores, para otorgarles una protección más intensa que la dispensada a quienes ocupan planos superiores.(Morello Augusto, 1969.)

1. A. *Carácter de orden público de las normas de protección del consumidor*

En función de esa finalidad protectora, el sistema legal de la defensa del consumidor es de orden público. Esta forma de protección jurídica carga con el carácter imperativo de las soluciones normativas brindadas al consumidor, porque persiguen preservar la relación de equivalencia, y ello es obstáculo insalvable para que empresarios y consumidores intenten una autorregulación con contenido diferente, que se aparte de la norma legal (Stiglitz, 1990).

2. B. Regla de interpretación legal pro consumidor.

La interpretación de la ley en caso de duda, será siempre a la que resulte más favorable para el consumidor.

La directiva se extiende, a los efectos de la armonización de los preceptos de esta Ley de Defensa del Consumidor, respecto de otras normas generales y especiales con las que se integra, aplicables a las relaciones de consumo.

2) En segundo lugar debe estar integrado por normas específicas, porque la reglas generales que persiguen la equidad en el derecho económico (buena fe, abuso del derecho, responsabilidad por riesgo, deber de garantía, etc.) aunque de alto valor solidarista, no imponen soluciones concretas a favor del consumidor, sino remedios genéricos que quedan siempre sujetos a la variada y disímil interpretación y aplicación de los jueces y administradores.

El derecho del consumidor no puede, ser construido exclusivamente sobre la base de estas reglas genéricas que, han de operar complementariamente, integradas con el sistema especial de protección.

La Ley de Defensa del Consumidor trae en cambio soluciones sustanciales del derecho de fondo, que contienen respuestas concretas, de aplicación directa e incondicionada a las diversas cuestiones de la problemática del consumidor:

- Deber de suministrar información a los consumidores.
- Deber de seguridad en la provisión de bienes y servicios.
- Fuerza vinculante de la oferta al público.
- Control de prácticas de comercialización.
- Exigencia de instrumentación escrita de contratos.
- Interpretación del contrato pro consumidor.
- Nulidad de cláusulas abusivas y del contrato.
- Control administrativo previo del contrato por adhesión.
- Garantías de bienes de consumo.
- Garantías de bienes muebles de consumo durable.
- Deberes y garantías en la prestación de servicios.
- Responsabilidad por daños.

3) Normas preventivas, en tercer lugar es de la esencia del derecho del consumidor, la característica preventiva de las normas y soluciones del sistema de

protección, imponiendo una de las más notables superaciones del sistema clásico, que solo genera la reacción jurídica frente al daño ya producido. Ello sería absolutamente estéril en el ámbito de la protección del consumidor, porque los costos sociales que dejan como secuela (no solo a los consumidores sino también al mercado) los accidentes de consumo y las prácticas abusivas, no son reparables a través de los mecanismos sancionatorios tradicionales (De Cupis A., 1975).

Antonio Benjamín (1993), dice que el propio derecho del consumidor comenzó en sus orígenes, operando con características eminentemente represivas (penales y administrativas), y luego, gradualmente, paso a tornarse fundamentalmente preventivo, en razón de ciertas condiciones del mercado, la vulnerabilidad del consumidor, la naturaleza y dimensión de los accidentes de consumo, la aparición diaria de complejas modalidades de negociación, etc..

La importancia del perfil preventivo llega al punto de que el Código Brasileño de Defensa del Consumidor, consagra explícitamente el derecho a la efectiva prevención.

En nuestro país, lo propio acontece con jerarquía constitucional, así es que el artículo 42 de nuestra Constitución, ordena prever procedimientos eficaces para la prevención de conflictos, y el artículo 43 del Código Civil consagra preventivamente la acción de amparo, contra amenazas o lesiones inminentes a los intereses de los consumidores.

La Ley de Defensa del Consumidor 24.240, establece que los bienes y servicios deben ser provistos al consumidor de modo que en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para su salud o integridad física. Y respecto de los productos o servicios peligrosos, además del deber de información, se impone el deber de comercialización de acuerdo con los mecanismos y normas que garanticen la seguridad de los consumidores.

La función de la prevención emergente de la ley no queda excluyentemente reservada a la Administración Pública, sino que se extiende asimismo al Poder Judicial, ya que habilita las pretensiones jurisdiccionales de cariz preventivo, cuando los intereses de los consumidores y usuarios resulten amenazados.

Se consagra una tendencia jurídica universal. Sin perjuicio de los poderes de control preventivo que incumben a la Administración, el derecho a la seguridad del consumidor es de carácter privado, directamente operativo contra los empresarios; la

prevención es una función que no escapa al campo de acción de la justicia civil (Morello A., 1983). En el mismo sentido, el código Brasileño de Defensa del Consumidor reconoce como derecho básico el acceso a los órganos judiciales con vistas a la prevención (Art. 6, inc. VII).

4) Soluciones colectivas, como cuarta medida, las normas de defensa del consumidor han de aportar soluciones colectivas o grupales, porque los intereses amenazados o afectados de los consumidores, habitualmente revisten una naturaleza supraindividual (colectivos o difusos), debiendo entonces la reacción jurídica arrojar una respuesta igualmente grupal. Ejemplificando, poco aporta la declaración judicial de nulidad de una cláusula abusiva, utilizada por una empresa en relación con la generalidad de sus clientes, esa decisión solo es obtenida individualmente por un consumidor aislado, y la cláusula contractual subsiste en el mercado respecto de todos los demás.

Aparece incuestionable el carácter colectivo o difuso de los intereses de los consumidores, sin perjuicio del derecho individual que en ocasiones puede detentar cualquiera de ellos. (Thierry Bourgoignie, 2002)

Por ejemplo, el derecho de los consumidores a la seguridad es una pretensión de titularidad difusa que persigue la inocuidad de los productos y servicios que circulan en el mercado. La seguridad en el mercado es una prerrogativa común, un bien indivisible, susceptible de obtenerse o por el contrario, frustrarse, en forma conjunta para todos los integrantes (indefinidos o indeterminados) de un grupo, clase, categoría o comunidad de personas. Existe, un interés difuso que se puede ejercer ante la administración y la justicia, para preservar la seguridad de los consumidores mediante acciones preventivas.

Sin perjuicio de la naturaleza colectiva o difusa de los intereses de los consumidores, cualquiera de estos puede detentar, en determinadas circunstancias, un derecho individual. Por el ejemplo el particular afectado por un producto servicio con defectos de seguridad que puede accionar individualmente por la reparación de los daños sufridos.

El Código Civil brasileño ha incorporado como cuarta categoría (además de los intereses difusos, colectivos e individuales) los intereses individuales homogéneos, entendidos como tales los de origen común, o sea aquellos cuyos titulares son perfectamente individualizables, titulares de derecho divisibles, pero que han de

efectuar una misma pretensión en juicio (Nery Junior, Nelson, 1991).

En Argentina esta categoría pretendía ser incorporada por el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, pero el Poder Ejecutivo observó esas normas y las eliminó en el Proyecto elevado al Congreso.

La ley nacional 24.240 plantea una nítida evolución, consagrando la legitimación colectiva del consumidor afectado y las asociaciones de consumidores, el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la autoridad de aplicación nacional o local, para obrar en representación del interés supraindividual de los consumidores. El sistema completa con la cosa juzgada colectiva.

5) Soluciones efectivas, finalmente como quinta característica, las normas del derecho del consumidor deben contener soluciones eminentemente efectivas, porque el mero reconocimiento de los derechos de los consumidores y de soluciones sustanciales del derecho de fondo, serían de por sí inoperantes si no vienen acompañados por la incorporación legal de mecanismos instrumentales de implementación, que aseguren la aplicación concreta de las normas de protección.

El problema de la implementación de los derechos es verdaderamente decisivo, porque aun en el estadio anterior de evolución del derecho del consumidor en Argentina, previo a la sanción de la ley 24.240, es incuestionable que existían soluciones significativas del derecho de fondo:

La publicidad engañosa prohibida por la Ley de Lealtad Comercial 22.802.

Los deberes de información y seguridad emergentes implícitamente del artículo 1198 del Código Civil (regla de buena fe).

La nulidad de cláusulas abusivas, procedentes de los artículos 18, 21, 953, 1039, 1071, 1198 y concordantes del Código Civil.

La responsabilidad objetiva por daños derivados de productos, emergentes del artículo 1113 del Código Civil.

Sin embargo, la solución concreta de los problemas de los consumidores y la aplicación efectiva de esas y otras normas de protección, aparecía decididamente obstaculizada por la ausencia de vías de reclamación eficaces y de procedimientos ágiles, hasta el punto de que las respuestas del sistema jurídico resultaban virtualmente inalcanzables, provocando habitualmente la resignación del consumidor como único remedio.

De allí la trascendencia de la incorporación de mecanismos instrumentales de

implementación de la Ley de Defensa del Consumidor, que junto a las soluciones sustanciales del derecho de fondo, prevé un verdadero sistema de acceso real del consumidor a la solución de conflictos. El acceso de los consumidores a la justicia y a sistemas de arbitraje, y la disposición de mecanismos de reclamación y solución extrajudicial de conflictos, se integra mediante procedimientos administrativos ante la autoridad competente.

I. Procedimiento administrativo: procedimiento administrativos específicos para la solución de conflictos, con fuerte presencia de una instancia conciliatoria previa y la atribución de la autoridad competente para aplicar sanciones en caso de infracción, y para remitir las actuaciones al juez competente si del sumario surgiese la eventual comisión de un delito.

II. Acceso a la justicia: sin perjuicio de la atribución de la autoridad administrativa para sancionar infracciones e intentar la conciliación entre empresarios y consumidores, la ley disciplina un sistema de acceso del consumidor a la justicia, para la sustanciación de las cuestiones del derecho común (nulidades, interpretaciones judiciales, rescisiones, cumplimiento de contrato, reparaciones, prevención de daños, etc.). En ese ámbito la ley prevé:

- Legitimación para obrar, reconocida individualmente al consumidor y colectivamente a favor de las asociaciones de consumidores, el Defensor del Pueblo, el Ministerio Público, y la autoridad de aplicación.

- La gratuidad y la vigencia del procedimiento más abreviado que rija en la jurisdicción del tribunal ordinario competente.

- La cosa juzgada colectiva.

III. Arbitraje: el arbitraje en materia de consumo como mecanismo alternativo de solución de conflictos, aunque en los hechos su implementación no tuvo ningún suceso digno de resaltar.

IV. Reclamaciones extrajudiciales: finalmente, la ley insta al desenvolvimiento de instancias extrajudiciales para las soluciones de conflictos. Siempre en el contexto de los mecanismos alternativos, en defensa de los derechos de los consumidores se propicia universalmente la creación de procedimientos extraoficiales por las empresas, para la recepción de reclamaciones y soluciones de las controversias con los consumidores.

La ley 24.240 Ley de Defensa del Consumidor autoriza a las asociaciones de

consumidores a recibir reclamos, facilitar el acercamiento de las partes e instar a la conciliación extrajudicial. Y específicamente en materia de servicios públicos, exige que las empresas prestadoras la habilitaciones de registros de reclamos de los usuarios, que deberán ser satisfechos en plazos perentorios que fijara la reglamentación.

1.7 Derecho, políticas del consumidor y reglas del mercado.

En los primeros años de vigencia de la ley 24.240 (años 90), los propósitos humanizantes y solidarios del sistema de protección jurídica del consumidor venían estrangulados por una concepción sobre el modelo de sociedad, individualista y economicista a ultranza, que procuraba dejar la suerte del consumidor, echada a las reglas del mercado, al libre juego de la económica.

Se trata de una concepción que quedo acosada por los hechos: un caótico descontrol estatal sobre la calidad de vida (servicios públicos, etc.), episodios de contaminación de productos alimenticios y fármacos, etc., con consecuencias fatales que fueron de dominio público.

Contrariamente a aquella tendencia, el programa de políticas de la Comunidad Económica Europea para 1993, destacaba la insuficiencia de los solos mecanismos del mercado para triunfar en la protección del consumidor. Ello es el resultado de las propias imperfecciones y desequilibrios que padece el mercado, tal como funciona efectivamente y que vienen inclusive a reforzar la propia posición de dependencia que sufren los consumidores en el seno del mismo:

1. La estructura competitiva del mercado está muy lejos de ser perfecta: la conclusión de acuerdos restrictivos de la competencia entre empresas de numerosos mercados hacia estructuras oligopólicas, la existencia, a la cabeza de ciertas empresas públicas o privadas, de las ventajas de una posición dominante que les permite influir de una manera decisiva sobre los términos del mercado, constituyen algunas de las tantas realidades susceptibles de traducirse, para el consumidor, en una restricción de la oferta y en la aplicación de precios artificialmente elevados.

2. La información al consumidor tampoco es perfecta. Por la comparación que ella permite, la información aparece como una primera condición de la racionalidad y de la libertad de elección del consumidor; ella contribuye al buen funcionamiento del mercado. Forzosamente se debe constatar el déficit informativo que caracteriza el

mercado de los bienes y servicios de consumo. La gran diversidad, la tecnología acrecentada, al mismo tiempo que la naturaleza a menudo compleja de los bienes ofrecidos al consumo, tornan difícil un juicio claro sobre las cualidades y los precios respectivos de los bienes propuestos. El proceso de información al consumidor queda a menudo basado en la iniciativa libre y unilateral del profesional, quien decide con finalidades promocionales, comunicar ciertos elementos de información bajo una forma de mensajes publicitarios, estos suelen tener más que por fin informar, incentivar a la compra.

3. Numerosos factores de desequilibrio alcanzan igualmente la fuerza de negociación del consumidor en las relaciones comerciales. Frente a dichas imperfecciones y desequilibrios del mercado del derecho y la política del consumidor actúan dinámica y activamente como fuerzas transformadoras y no como meras estructuras neutras o pasivas de un sistema de política económica.

El derecho y la política del consumidor no se pueden desplegar como un subproducto del modelo de economía libre, ni como considerar al consumidor (el ser humano) como subalterno de un mercado endiosado.

El mercado existe para el consumidor y no a la inversa. El hombre antecede al mercado; No solo se trata de que el derecho y la política del consumidor no son subalternos de las reglas del mercado ni de la economía libre sino que, por el contrario, son ellos mismos los que, inclusive previendo los conflictos de consumo, evitan el debilitamiento del propio mercado y de la economía libre, y tienden a preservarlo, así como su equilibrio y transparencia, teniendo en cuenta el interés social (Benjamín Antonio, 1993).

En ese contexto de complementación entre la economía, la política y el derecho del consumidor, nutriendo al derecho argentino de una concepción solidarista, a través de una normativa de orden público dotada de una pauta hermenéutica de máxima protección que nace del artículo 37 de la ley 24240 “en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor”.

Sin embargo, la efectividad de su vigencia depende, en gran medida del imperativo de que los gobiernos deben asumir el postulado de la defensa del consumidor y los órganos estatales cumplir su función indelegable en la materia.

1.8 Los deberes del estado en la ley argentina.

La ley nacional 24.240 instituye como autoridad competente a un organismo centralizado y habitualmente sin compromiso con los intereses de los consumidores, muchos países extranjeros revelan, por el contrario, la presencia de organismos fuertes, descentralizados, altamente especializados y con competencia excluyente en la defensa del consumidor (por ejemplo, los institutos nacionales del consumo de Portugal, Francia y España).

Impone a las autoridades, genéricamente, formular políticas de defensa del consumidor, y una serie de deberes estatales específicos:

- Ante la facturación excesiva de servicios públicos (Art. 31) “La autoridad de aplicación intervendrá en los casos en que los recargos por mora en las facturas de servicios públicos pagadas fuera de termino, fuesen excesivamente elevadas en relación a las tasas activas vigentes en el mercado”.

- Vigilar que los contratos por adhesión o similares³ no contengan cláusulas abusivas (art. 38 y 39). Cuando los mismos requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial⁴, esta tomara las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor.

- Sancionar las infracciones a la ley (art. 45).
- Intentar la conciliación como solución administrativa previa (art. 45 y 46)
- Diseñar un sistema de arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos (art. 59).

- Instar la acción penal en caso de comisión de delitos (art. 51).
- Intervenir a través de la autoridad de aplicación (como parte) o del ministerio público (como parte o fiscal de la ley) en las acciones judiciales de defensa de los intereses de los consumidores (art. 52)

- Promover y contribuir al funcionamiento de asociaciones de consumidores (arts. 60 y 62).

³ El artículo 39 se refiere a 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 tuviera posibilidad de discutir su contenido.

⁴ Es el caso de los contratos de seguro, que requieren la aprobación de la Superintendencia de Seguros de la Nación; los contratos de ahorro previo, que requieren la aprobación de la Inspección General de Justicia.

- Fiscalizar a través del Banco Central, el cumplimiento de la instrumentación con los contenidos exigidos por la ley en las operaciones de crédito para consumo (art. 36).

1.9 La deuda estatal con los consumidores carecientes.

Es imperativo que en su aplicación, los poderes públicos propendan a que las soluciones de la Ley de Defensa del Consumidor lleguen en forma real y concreta a todos los sectores de la población, muy en particular a los más carecientes.

La efectiva vigencia de la ley 24.240 y la concreta y real aplicación de las soluciones que brinda para la satisfacción de los intereses del consumidor dependen en gran medida del desenvolvimiento de las políticas de gobierno y del cumplimiento de los deberes y funciones por los organismos estatales de aplicación, así como de que todo ello redunde especialmente a favor de los consumidores más carecientes. “Quienes ocupan los planos inferiores, necesitan una protección más intensa del derecho, para elevarse” (Morello Augusto M., 1969), tal es la concepción explícita del código brasileño, que exige una asistencia jurídica integral y gratuita para el consumidor careciente (art. 5, inc. 1); y de la ley general española para la defensa de los consumidores y usuarios que consagra un régimen especial para las situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

Hay una tendencia riesgosa en el sentido de que la aplicación de la ley, se reduzca a favor de los consumidores de clase media alta, con acceso a las más variadas relaciones de consumo de bienes y servicios. Ello implicaría debilitar notablemente las finalidades de la ley y resultaría terminantemente contrario a los propósitos más elevados del derecho del consumidor, estas preocupaciones, justifican el reiterado planteo de la cuestión de defensa del consumidor, como un problema, de la economía y la política, pero antes aún del derecho, y en última instancia, de la cultura.

Un problema de la economía y la política que exige dar prioridad, a los intereses de los consumidores y especialmente a los más desprotegidos, mediante el cumplimiento de deberes del Estado en tutela del público.

Un problema del derecho, que supone la evolución, desde el derecho de las empresas y los comerciantes, hacia un nuevo derecho económico, fundado

preeminentemente en el humanismo y en la solidaridad: el derecho del consumidor.

Y esencialmente un problema de la cultura, que en nuestro grado de evolución de la civilización y la democracia no tolera un modo de vida social discriminatorio, que margine a grandes sectores de la comunidad del acceso al consumo, que someta a los consumidores carecientes a arbitrariedades en el mercado, ni que atente contra la dignidad de la persona humana.

1.10 Conclusiones.

En el presente capítulo he iniciado una introducción al tema defensa del consumidor como un postulado de derecho, política y economía que persigue lograr un equilibrio en las relaciones de consumo entre usuarios y consumidores, también un repaso histórico sobre a partir de qué momento tomo auge y comenzó la toma de conciencia del mismo. Se explica que se entiende por derecho del consumidor, también se hace referencia a las diferentes etapas por las cuales tuvo que atravesar hasta lograr protección jurídica de este derecho, las características de las normas del mismo, haciendo alusión a que estamos en presencia sistema jurídico especial es consagrado por el ordenamiento jurídico, con la finalidad inoculable de operar a favor del consumidor y que el legislador parte del supuesto de la debilidad estructural de los consumidores en las relaciones con los empresarios.

CAPITULO II:

Derechos de los consumidores

Sumario: 1.- Introducción. 1.2 Los derechos del consumidor como derechos humanos y su protección constitucional. Tendencias del Estado promocional.- 1.3. Los derechos básicos de los consumidores antes de la sanción de la Constitución de 1994.- 1.4. Los derechos fundamentales de los consumidores.- 1.5. La Constitución Nacional y los derechos de los consumidores.- 1.6. La obligación de seguridad o garantía.- 1.7. El interés del consumidor como interés colectivo o difuso.- 1.8. Tutela Grupal.- 1.9. Conclusiones.-

1. Introducción

En este segundo capítulo realizo una presentación del tema de los derechos del consumidor en cuanto a la constitución nacional, haciendo hincapié en cuál es la postura por parte del estado: “Estado Promocional”, que ampara en forma enérgica y anticipada a los atributos esenciales de la persona. La preservación de los derechos personalísimos y derechos humanos, aquellos que corresponden a todos los hombres sin discriminación alguna, es hoy objeto de prioritaria atención por las distintas ramas del derecho: constitucional, administrativo, privado y procesal.

Asimismo la reforma de la constitución nacional significó el reconocimiento normativo de un cuerpo de derechos fundamentales de los consumidores que representó un estadio significativo de la evolución del derecho del consumidor, al elaborar un artículo como es el 42 que los consagra constitucionalmente amparándolos jurídicamente.

1.2 Los derechos del consumidor como derechos humanos y su protección constitucional. Tendencias del Estado promocional.

La tendencia de nuestra época, viene signada por el renacer de un Derecho que busca un reencuentro con la justicia y sus otras finalidades, rebrota la función del derecho como aparato normativo que protege, que garantiza la efectividad de los intereses privados y de los intereses comunitarios. Este es el llamado “Estado Promocional”.

En su contexto son objeto de amparo los derechos de los consumidores, víctimas del aprovechamiento mercantilista. Pero el movimiento tuitivo es auspiciosamente más vasto: lo alimentan los pasos firmes de un derecho industrial, obrero o del trabajo, los nuevos derroteros de un derecho de la seguridad social, etc. Es un nuevo perfil humanista y solidario del sistema, que descende desde el constitucionalismo moderno, en su afán de combatir, por un lado la pobreza y la miseria de importantes sectores de la humanidad y por otra, la opresión de que son víctimas los administrados, sujetos a los embates del abuso o el desvío del gobernante. (Cappelletti Mauro, 1978)

El Estado Social de derecho ampara en forma enérgica y anticipada a los

atributos esenciales de la persona. La preservación de los derechos personalísimos y derechos humanos, aquellos que corresponden a todos los hombres sin discriminación alguna, es hoy objeto de prioritaria atención por las distintas ramas del derecho: constitucional, administrativo, privado y procesal.

Hasta 1994 en que se sancionó la reforma a la Constitución Nacional, sosteníamos que partir del derecho a la vida (salud, integridad física y espiritual) y su calidad (salubridad del medio ambiente, etc.) hasta los derechos económicos, sociales y culturales, en fin, todos los intereses primordiales del hombre, desde la plataforma de su ropaje constitucional gozan de un privilegiado resguardo de tinte preferentemente preventivo como presupuesto ineludible para el pleno y digno desarrollo de la personalidad.

1.3 Los derechos básicos de los consumidores antes de la sanción de la Constitución de 1994.

El reconocimiento normativo de un cuerpo de derechos fundamentales de los consumidores representa un estadio significativo de la evolución del derecho del consumidor, previo a su conformación actual, como un verdadero de normas, instituciones y mecanismos de implementación de las soluciones. (Benjamín A., 1993)

La importancia de la consagración de una declaración de derechos, aunque en principio meramente programático adquiere relieve porque:

- Mediante ellos se establecen finalidades a perseguir por un sistema político jurídico, de protección a los consumidores.
- Son derechos que ha de servir como base, fundamento o marco de referencia teológica, a las actuaciones de los poderes públicos (Bercovitz, R. Salas, 1992).
- Desde el punto de vista hermenéutico, conforman también un punto de sustento para las decisiones sobre interpretación y aplicación del sistema normativo que las desenvuelve.

La enunciación de los derechos básicos de los consumidores ha seguido, en los diferentes instrumentos que los formularon, parámetros similares, distinguiéndose nítidamente aquellos que tienden a la satisfacción de intereses de naturaleza sustancial (derechos a la satisfacción de intereses de naturaleza sustancial (derechos a la

seguridad, derechos económicos, etc.) de los derechos operativos, los cuales apuntan a garantizar la posibilidad de hacer valer los primeros (derecho a la organización, a la representación, a la representación, etcétera).

Los primeros persiguen un propósito que satisface directamente los intereses de los consumidores (la salud, el patrimonio, etc.). Los segundos constituyen medios de implementación para la consecución de aquellos fines, todas las leyes del mundo sobre defensa del consumidor aportan interesantes novedades en el ámbito de los derechos básicos de los consumidores.

Primordialmente, los nuevos desarrollos apuntan a extender el reconocimiento de derechos en una serie de direcciones, todas tendientes a fortalecer el sistema de protección, se plantea como cuestión primaria el propio derecho de acceso al consumo, sin el cual las sucesivas garantías devienen ilusorias, porque determinados sectores de consumidores resultarían lisa y llanamente marginados del mercado. La cuestión atañe a la vigencia de una real y efectiva libertad de elección, basada en precios justos, variedad de productos y servicios (libre competencia y abastecimiento) y eliminación de políticas económicas que excluyan determinados sectores de la población del acceso al consumo, supone el derecho a un acceso digno y equitativo, sin menoscabo de los atributos esenciales del consumidor como ser humano, libre de tratos discriminatorios o arbitrarios por parte de los empresarios.

En la misma línea y específicamente, se incorpora el derecho a una protección especial (soluciones concretas) a favor de los consumidores carecientes y necesitados, y de los que sufren situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión. La consagración de este nuevo cúmulo de derechos básicos de los consumidores queda formulada de tal modo que el sujeto pasivo de las obligaciones consiguientes no es ya solo el empresario, proveedor de bienes y servicios, sino también, directamente, el Estado, garante de la efectiva satisfacción de los intereses del consumidor: deber de formular políticas de protección y establecer infraestructuras para aplicarlas, deber de fomentar la constitución y el funcionamiento de grupos de consumidores, etc.

También la declaración de derechos sustanciales adopta una dirección eminentemente preventiva. Se consagra el derecho a la prevención, comenzando por la vida, y abarcando inclusive el medio ambiente, así se fortalece la efectividad del sistema, a través de la consagración del derecho de acceso a la justicia en condiciones

de facilitación de la defensa de los derechos del consumidor, reconocimientos a favor de intereses supraindividuales, procedimientos rápidos y justos, etc.

La intención es resaltar una evolución desplegada, en el propio nivel inicial del derecho del consumidor. Evolución que consiste en sumar a los derechos básicos tradicionalmente reconocidos otros de igual jerarquía, modernamente incorporados, y que conducen al derecho del consumidor, nacido por esencia con vocación humanista y solidaria, hacia un perfil de mayor sensibilidad social y al mismo tiempo en búsqueda de creciente efectividad para el sistema de protección. Sobre esas bases podemos formular un ordenamiento del sistema de derechos de los consumidores en su concepción actual:

a) Inicialmente, se elevan una serie de derechos fundamentales de carácter primario, que se encuentran en relación con el propio posicionamiento del consumidor como sujeto activo del mercado: el derecho de acceso al consumo, libertad de elección, sin discriminaciones ni arbitrariedades, trato equitativo y respeto a la dignidad del consumidor como ser humano. Asimismo, el derecho a la educación para el consumo, porque la posibilidad de tener efectivamente conocimiento de los derechos es el primero de ellos, sin el cual la vigencia real de los demás es impensable.

Se trata de atributos cuya garantía depende directamente del cumplimiento de los deberes y funciones irrenunciables del Estado, y en particular, del desarrollo de políticas económicas que no marginen a determinados sectores de la población del acceso mismo al consumo. Estos derechos primarios fundamentales ponen de relieve al derecho del consumidor, en su finalidad de protección de la persona humana, de los derechos del hombre. Se trata de un nuevo enfoque del moderno derecho económico, pero persigue a través de la regulación del mercado de consumo, objetivos primordialmente humanistas y solidarios, por sobre los estrictamente patrimoniales.

b) En segundo lugar, se ubican los derechos sustanciales de los consumidores: derecho a la seguridad, a la vida, a la salud e integridad, protección del medio ambiente y prevención de daños, derecho a la información sobre productos y servicios, derecho a la protección de sus intereses económicos: la calidad de los productos y servicios, a la justicia contractual y a la reparación de daños.

La efectivización estos derechos, sin perjuicio de la incidencia directa de la función estatal (por ejemplo control de la inocuidad de productos etc.) se concreta a través de las soluciones emergentes de las normas de fondo: acciones preventivas,

deberes precontractuales de información, normas de control de la publicidad, la comercialización y el contenido del contrato, régimen de garantías y responsabilidades, etc.

c) Finalmente, surgen los derechos de carácter operativo o instrumental, que no constituyen un fin en sí mismo, porque no tienden a satisfacer directamente un interés del consumidor, sino a adoptarlo de mecanismos de implementación que le permitan ejercer efectivamente y hacer valer los derechos sustanciales.

En estas condiciones aparecen, en primer lugar, el derecho a la organización de los consumidores, en grupos o asociaciones para la defensa de sus intereses individuales y colectivos. En segundo lugar, el derecho a participar, individualmente o a través de las organizaciones grupales en los procesos de decisión de la Administración, relativos a cuestiones que afecten sus intereses. Finalmente, el derecho de acceso a la solución de conflictos, que supone como primera medida la recepción de asesoramiento y asistencia, la facilitación del acceso a la justicia y a la participación de instancias conciliatorias y en procedimientos judiciales y administrativos rápidos y eficaces.

El respeto y real vigencia de todos estos derechos instrumentales depende del cumplimiento de los deberes y funciones irrenunciables del Estado para la protección del consumidor.

1.4 Los derechos fundamentales de los consumidores.

CUADRO SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CONSUMIDORES. (Stiglitz G., 2012)

I. DERECHOS PRIMARIOS FUNDAMENTALES (deberes y funciones del Estado).

A) Derecho al acceso al consumo.

- Libertad de elección.
- No discriminación ni arbitrariedad, trato equitativo y dignidad en el

acceso al consumo.

B) Derecho a la educación para el consumo.

II. DERECHOS SUSTANCIALES (soluciones del derecho de fondo)

a) Derecho a la seguridad.

- Derecho a la vida, salud, integridad, protección del medio ambiente y prevención de daños.

b) Derecho a la información.

c) Derecho a la protección de los intereses económicos.

- Calidad de productos y servicios.
- Justicia contractual y reparación de daños.
- Efecto vinculante de la publicidad.

III. DERECHOS INSTRUMENTALES (mecanismos de implementación).

A) Derecho a la organización.

B) Derecho de participación.

Representación, consulta y expresión (ser oído).

C) Derecho de acceso a la solución de conflictos.

Asesoramiento y asistencia.

Acceso a la justicia.

1.4A. Derecho de acceso al consumo.

El derecho mismo de acceso al consumo se plantea como prerrogativa primaria de los consumidores, frente a los empresarios y al propio Estado, porque es menester, previo a todo, que los gobiernos garanticen a todos los sectores de la población su participación en el mercado de lo contrario, todos lo demás derechos y garantías que se reconocieran deviene ilusorios.

Se elevan una serie de derechos fundamentales de carácter primario, que se encuentran en relación con el propio posicionamiento del consumidor como sujeto activo del mercado: el derecho de acceso al consumo, libertad de elección, sin discriminaciones ni arbitrariedades, trato equitativo y respecto a la dignidad del consumidor como ser humano.

Se trata de derechos cuya garantía depende directamente del cumplimiento de los deberes y funciones irrenunciables del Estado: garantizar la enseñanza y difusión pública, la libre competencia, el abastecimiento, precios justos y variedad de productos y servicios en el mercado, y en particular, el desarrollo de políticas económicas que no marginen a determinados sectores de la población del acceso mismo al consumo.

1.4 B. Libertad de elección.

La vigencia de una real y efectiva libertad de elección constituye uno de los pilares del sistema de protección del consumidor se podría sostener que un mercado sería totalmente propicio para asegurar el imperativo de la defensa del consumidor, en la medida en que se encontrara dotado de dos elementos:

- Libre elección para todos los sectores de la población,
- Calidad de los productos y servicios.

La libre elección basada en precios justos y variedad de productos y servicios, supone un adecuado funcionamiento de las reglas de libre competencia y abastecimiento, fundamentalmente la eliminación de políticas económicas que excluyan a determinados sectores de la población del acceso al consumo.

La ley argentina de Defensa del Consumidor 24.240, no incorpora ningún tipo de contenidos tendientes a amparar el derecho de acceso al consumo y libre elección. Sin perjuicio, la ley de Defensa de la Competencia incrimina las conductas anticompetitivas; y la ley de Abastecimiento 20.680, garantiza la permanente prestación de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades corrientes de la población y habilita la regulación de precios.

1.4. C. No discriminación, ni arbitrariedad.

Un complemento del derecho al acceso al consumo y libertad de elección, está representado por el derecho a no sufrir discriminación ni arbitrariedades en el mercado, reconocido por la ley mexicana de los derechos de los consumidores, que otorga el derecho a un trato no discriminatorio ni arbitrario por parte de los proveedores.

Se requiere asegurar una protección especial (soluciones específicas) a favor de los consumidores carecientes y necesitados y de los que sufren situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

1.4. D. Acceso digno y equitativo.

El derecho de acceso al consumo supone, el derecho a un acceso digno y equitativo, sin menoscabo de los atributos esenciales del consumidor como ser humano, que aparecen afectados no solo en razón de tratos discriminatorios o arbitrarios por parte de los empresarios, sino también cuando el aprovechamiento importa reducir las pretensiones de dignidad y equidad del público.

1.4F. Derecho a la educación para el consumo.

La posibilidad de tener efectivamente conocimiento de los derechos es el

primero de los derechos, sin el cual la vigencia real de los demás es impensable. No pasarían de ser sino el contenido de una declaración meramente formal, carente de aplicación práctica.

La educación para el consumo (tanto formal, desde las escuelas, como informal a través de medios de difusión y divulgación) es una primera medida necesaria para lograr la concientización generalizada de la población, sobre la trascendencia de su rol en el mercado, su situación en las relaciones con la empresa, derechos que le asisten y mecanismos para hacerlos valer.

El derecho a la educación del consumidor persigue la adquisición de conocimientos idóneos para actuar fuera de riesgos y peligros en el consumo de productos y servicios, con sentido crítico frente a las técnicas de publicidad y comercialización, atento a las modalidades y condiciones de contratación, e instruido y despierto para efectuar elecciones y afrontar la lucha de las situaciones cotidianas (Fourgoux, J.C., Mihailov, j., M. V., 1979).

La ley de defensa del consumidor no enuncia los derechos del consumidor, pero instituye expresamente un sistema de educación para el consumo, que tienden a garantizar de modo previo y global, la real y concreta implementación de los derechos reconocidos por la ley.

Los artículos 60 y 61 de la ley 24.240 imponen la formulación de planes generales de educación para el consumo en la enseñanza primaria y media, para orientar a los consumidores desde la edad temprana, en pos de su participación en el mercado, comprensión de la información, prevención de riesgos, etc.

1.4. G. Derecho a la seguridad.

Este derecho básico sustancial es una prolongación hacia la figura del consumidor, de las prerrogativas consagradas en los distintos ordenamientos constitucionales que rodean la pretensión vital de garantía de la integridad psicofísica del género humano (desde su vida hasta la salud, incluyendo la salubridad del medio ambiente y la prevención de todo tipo de daño).

1.4. H. Protección de la vida, la salud y la integridad psicofísica. Prevención de daños.

La ley 24.240 consagra expresamente el deber de seguridad para la tutela de la salud del consumidor.

El artículo 5 establece que los bienes y servicios deben ser provistos al

consumidor de modo que en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para su salud o integridad física.

Respecto de los productos y servicios peligrosos, además del deber de información, el artículo 6 impone el deber de comercialización de acuerdo con los mecanismos y normas que garanticen la seguridad de los consumidores, la ley habilita la promoción de acciones judiciales preventivas, tendientes a la evitación de daños al consumidor, cuando sus intereses resulten amenazados.

1.4. I. Protección del medio ambiente.

La aspiración ecológica de los ciudadanos y sus derechos como consumidores confluyen en una misma reivindicación por el mejoramiento de la calidad de vida, amenazada por los efectos perversos de un sistema económico de producción masiva y explotación irracional de los recursos naturales (Bourgoignie Thierry, 1988). La protección del medio ambiente, como imperativo expuesto en el marco del derecho del consumidor, es la resultante del creciente interés de los consumidores por el factor ecológico que se traduce en la orientación de la elección hacia productos menos nocivos para el medio ambiente.

1.4. J. Derecho a la información.

La información adecuada sobre los bienes y servicios es determinante de la protección, tanto de la seguridad como de los intereses económicos de los consumidores. Las deficiencias en la información, pueden producir perjuicios a los consumidores en su patrimonio y hasta atinentes a su misma vida y salud.

El objeto del derecho del consumidor a la información versa sobre el adecuado conocimiento de las condiciones de la operación realizada, de sus derechos y obligaciones consiguientes y esencialmente, de las características de los productos y servicios comercializados. Del cumplimiento de los deberes de información depende la posibilidad concreta del consumidor de emplear los productos y servicios con plena seguridad y de modo satisfactorio para sus intereses económicos.

El deber de información para la satisfacción de esta necesidad legítima de los consumidores, en primer término corresponde a los empresarios, tanto en etapa precontractual, como en fase de formalización y ejecución del contrato.

Asimismo, compete al Estado, a través de los medios de comunicación y otros instrumentos de divulgación pública. Finalmente, la información al público es función propia de las organizaciones de consumidores (Gómez Segade, José, A., 1980,

Santaella López, Manuel, 1978). La recomendación del consejo de Europa sobre la protección jurídica de los intereses colectivos de los consumidores por los organismos de consumidores (resolución 81-2 del Comité de Ministros, del 23/1/1981) enuncia, entre las funciones de las asociaciones, la de informar al público sobre las mercaderías peligrosas o defectuosas, sobre todo cuando tales advertencias no han sido mencionadas por el empresario.

La ley 24.240 impone a los empresarios el deber de suministrar a los consumidores, de manera cierta y objetiva, información veraz detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los productos o servicios.

La ley exige informaciones especiales en torno a:

- Productos o servicios peligrosos para la salud del consumidor (art. 6).
- Productos deficientes, usados o reconstituidos (artículo 9).
- Usuarios de servicios públicos domiciliarios (artículo 25).

1.4. K. Derecho a la protección de los intereses económicos.

Encuadran dentro de los derechos sustanciales de los consumidores aquellos de contenido estrictamente patrimonial.

Está estrechamente ligado a la pretensión de calidad de los productos y servicios, a la vigencia de una verdadera justicia contractual que incluye el derecho a la información y el reconocimiento legal del efecto vinculante de la publicidad y de un sistema de compensación efectiva en materia de reparación de daños.

1.4. L. Calidad de los productos y servicios.

La calidad de los productos y servicios atañe al interés legítimo del consumidor, en torno a que estos sean, de acuerdo con su naturaleza y características, idóneos para satisfacer la finalidad a la que están destinados y, consiguientemente, colmar las expectativas y necesidades de los consumidores.

La ley 24.240 regula específicamente los deberes de los empresarios, en etapa de ejecución de los contratos en los artículos 19 a 24 de la ley, y en particular, de servicios públicos domiciliarios. Con ese objetivo se incorporan normas de tutela del usuario, en orden al modo de prestación de los servicios de información, reciprocidad en el trato, seguridad, medición, facturación, reclamos e interrupción de la prestación, se invierte la carga de la prueba por falta de prestación del servicio, presuponiéndose imputable a la empresa y liberando al usuario del pago del periodo correspondiente. En

cambio una previsión similar en torno a excesos en la facturación, fue vetada por el Presidente de la Nación, malográndose la presunción de error contra la empresa.

1.4. M Justicia contractual.

El imperativo de justicia contractual, ligado al equilibrio y equidad en el contenido y operatoria de las relaciones entre empresarios y consumidores constituye otro de los componentes del derecho del consumidor a la protección de sus intereses económicos.

Teniendo en cuenta que el interés económico del consumidor puede resultar frustrado, antes aunque por deficiencias en la calidad de productos o servicios, con motivo de prácticas informativas, publicitarias o de comercialización, agresivas, o cláusulas abusivas en los contratos.

Así como los vicios en la calidad de los productos y servicios, también las deficiencias en la información y publicidad sobre los mismos suelen frustrar las legítimas expectativas económicas del consumidor, generadas a partir de una falsa representación inducida de ese modo (Calais –auly, Jean, 1992).

Las lesiones patrimoniales al consumidor pueden derivar del empleo de técnicas de comercialización agresivas que restringen su libertad de contratar, o de condiciones generales abusivas en los contratos por adhesión, que afectan su libertad contractual. Todas estas situaciones son el resultado de una posición dominante del empresario que le permite imponerlas en virtud de la necesidad de los consumidores de acceder a los bienes y servicios ofrecidos, imprescindibles para la vida cotidiana (Diez-Picaso, Luis, 1979).

La ley nacional 24.240 establece un sistema de normas de protección de los intereses económicos de los consumidores, directamente dirigidas a sostener a la justicia contractual en las relaciones de consumo.

1.4. N Fuerza vinculante de la oferta al público y del contenido de la publicidad comercial.

El artículo 7 de la ley de Defensa del Consumidor consagra el carácter vinculante de la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados.

1.4.Ñ. Técnicas de comercialización.

La ley regula las ventas a domicilio y por correspondencia, autorizando al consumidor a revocar su aceptación, sin responsabilidad alguna durante el plazo de diez días corridos a partir de la entrega de la cosa o la celebración del contrato.

También prohíbe efectuar cargos automáticos en cualquier sistema de débito contra el consumidor, por una cosa o servicio que no haya sido previamente requerido por este. Y si el consumidor recibió la cosa, no está obligado a conservarla ni restituirla.

1.4. O. Instrumentación y contenido de los contratos.

El artículo 10 de la ley exige la instrumentación y determinados contenidos mínimos, respecto a la venta de cosas muebles. Se trata de una renovación universal del formalismo, con miras a la información y consiguiente protección del consumidor.

1.4. P. Interpretación del contrato. Cláusulas abusivas.

El artículo 37 de la ley 24.240 consagra la directiva pro consumidor “se hará en el sentido más favorable para el consumidor”. Y cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

Establece también la nulidad parcial de las cláusulas abusivas (sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas.)

Y finalmente dispone la nulidad total o parcial del contrato, en caso de que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato, durante su celebración, o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial.

Sin perjuicio del sistema de control judicial de cláusulas abusivas y consiguiente nulidad de las mismas, la Ley de Defensa del Consumidor, establece un sistema de control administrativo previo, asignando a la autoridad de aplicación fiscalizar que los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas y la atribución de adoptar las medidas necesarias para modificar consecuentemente los contratos tipo.

1.4. Q. Compensación efectiva. Reparación de daños.

La protección de los intereses económicos de los consumidores, supone la vigencia efectiva del derecho a la compensación, la reparación de los daños sufridos.

La ley 24.240 establece el sistema de garantías, legal y voluntaria.

Rige el deber de seguridad u obligación tacita de garantía, emergente de la regla de la buena fe consagrada en el artículo 1198 del Código Civil, que impone a los empresarios no dañar a través de los productos y servicios provistos al consumidor, tanto su persona como demás bienes. En caso de incumplimiento, incurre en responsabilidad civil contractual. Subsiste asimismo, el régimen de responsabilidad por

vicios redhibitorios. También se consagra la vigencia de un régimen de responsabilidad objetiva por daños derivados de productos y servicios y la solidaridad de los distintos sujetos de la cadena de producción y comercialización.

1.4. R. Derecho a la organización.

Es el interés ligado a la actitud asociativa de los consumidores, que aparece indispensable para la realización de sus derechos, a través de un encausamiento grupal, hacia la satisfacción de necesidades análogas.

La ley de Defensa del Consumidor regula la conformación, funciones y legitimación de las asociaciones de consumidores. En el artículo 60 se impone al Estado el fomento a la creación y funcionamiento de las asociaciones de consumidores y la participación de la comunidad de ellas.

1.4. S. Derecho de participación.

Tanto individual como a través de las organizaciones que los agrupan, se les reconocen a los consumidores una serie de prerrogativas atinentes a su participación social. La ley le impone al Estado no solo el fomento del funcionamiento de asociaciones de consumidores sino de la participación de la comunidad en ellas, tratando de ese modo de perseguir un activismo de la población en defensa de sus intereses y con ello garantizar el pluralismo y la democracia del movimiento asociativo, consumerista argentino, pautas inexistentes antes de la sanción de la ley. En cambio no hace referencia a la participación de los consumidores y sus asociaciones en los procesos de decisión administrativa, ni al derecho de consulta, al de expresión ni al ser oído, dejando la autoridad de control en el ámbito centralizado y no participativo de la Secretaria de Comercio Interior. Todo ello en el marco de una política gubernamental que siempre ha sido estática en materia de defensa del consumidor (Stiglitz, 2012).

1.4. T. Derecho de acceso a la solución de conflictos.

Supone como primera medida, la recepción de asesoramiento y asistencia, la facilitación del acceso a la justicia, y a la participación en instancias conciliatorias y en procedimientos judiciales y administrativos rápidos y eficaces.

A través de la vigencia de estos derechos se fortalece el matiz de efectividad del sistema, mediante la consagración de mecanismos de facilitación de la defensa de los derechos del consumidor, reconocimientos a favor de intereses supraindividuales, procedimientos rápidos y justos, etc.

1.4. U. Asesoramiento y asistencia.

Aparece como esencial la necesidad de que los consumidores reciban información adecuada sobre los mecanismos instrumentales (reclamaciones, procedimientos, organismos de aplicación, etc.) a través de los cuales puedan hacer valer sus derechos sustanciales.

El asesoramiento y la asistencia (a cargo de los organismos administrativos y asociaciones privadas) constituyen derechos esenciales de los consumidores destinados a facilitar el ejercicio de sus derechos sustanciales.

1.4. V. Acceso a la solución de conflictos en la Ley 24.240.

El derecho de los consumidores de acceso a la efectiva soluciones de conflictos, atañe tanto a la esfera administrativa (conciliación y juzgamiento y sanción de faltas) como judicial (ejercicio de los derechos sustanciales en las relaciones privadas con empresarios).

La ley establece un sistema de solución de conflictos administrativo y judicial.

Procedimientos administrativos específicos para la solución de conflictos, con fuerte presencia de una instancia conciliatoria previa y la atribución de la autoridad competente, para aplicar sanciones en caso de infracción y para rendir las actuaciones al juez competente si del sumario surgiere la eventual comisión de un delito.

Sin perjuicio de la atribución de la autoridad administrativa para sancionar infracciones e intentar la conciliación entre empresarios y consumidores, la ley disciplina un sistema de acceso del consumidor, directamente a la justicia, para la sustanciación de las cuestiones del derecho común (nulidades, interpretaciones judiciales, rescisiones, cumplimiento de contratos, reparaciones, prevención de daños, etc.) se prevé:

La legitimación para obrar, reconocida individualmente al consumidor y colectivamente a favor de las asociaciones de consumidores, el ministerio público y la autoridad de aplicación.

La gratuidad del acceso a la Justicia y la vigencia del procedimiento más abreviado que rija en la jurisdicción del tribunal ordinario competente.

La cosa juzgada colectiva.

1.5 La Constitución Nacional y los derechos de los consumidores.

En ocasión de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 fue elaborada la norma constitucional, 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 las 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, 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”.

La importancia de consagrar constitucionalmente una declaración de derechos de los consumidores, como lo ha concretado el artículo 42, adquiere relieve:

- Mediante ellos se establece la finalidad de perseguir un sistema político-jurídico de protección a los consumidores.
- Son derechos que han de servir como base, fundamento o marco de referencia teológica, a las actuaciones de los poderes públicos. (Bercovitz R. Salas J., 1992)
- Desde el punto de vista hermenéutico, conforman también un punto de sustento para las decisiones sobre interpretación y aplicación del sistema normativo que las desenvuelve (Stiglitz, 1997), en nuestro país la ley 24.240 regía desde el año 1993, año anterior a la norma constitucional.

1.6 La obligación de seguridad o garantía.

La idea del control social sobre la empresa cobija, como propósito último, la seguridad de los individuos y la afirmación de su correlato: el deber de seguridad a

cargo de la empresa (artículo 5 de la ley 24.240).

Esta última figura denominada también “obligación de garantía” opera como un límite al desarrollo de la actividad, inherente a la protección de los derechos esenciales del consumidor.

Por ello mismo, se extiende hasta comprender la defensa de intereses no exclusivamente relacionados con la integridad psicofísica, sino también conexos con la tutela de la propiedad (Alpa, Guido, 1975).

El deber u obligación de seguridad o garantía es aquel que sujeta a las partes, en la ejecución del contrato y paralelamente con la satisfacción de la prestación debida, a evitar cualquier perjuicio en la persona o bienes de su co-contratante, su fundamento descansa en el principio de la buena fe consagrada en el artículo 1198 del Código Civil, cuando genéricamente obliga al contratante a salvaguardar también la esfera de intereses propia de la otra parte.

Desde otro perfil, la justificación del deber de seguridad reposa en el respecto a la persona humana y en la necesidad de protección al consumidor (Mayo Jorge, 1984).

También debemos mencionar el carácter accesorio que habitualmente se le atribuye a esta obligación tácita de garantía, ello deberá aprehenderse con dicho alcance, sólo en el sentido de que aquella no integra la prestación relativa al objeto de la obligación.

Difícilmente pueda concebirse su encasillamiento entre los llamados deberes secundarios de conducta, en la medida en que la transgresión del deber de seguridad implica la vulneración de los derechos y garantías fundamentales consagradas en la Constitución Nacional.

1.7 El interés del consumidor como interés colectivo o difuso.

El alcance de los intereses de los consumidores.

El interés del consumidor como tal, no coincide con el interés de la persona. Los derechos de la persona son sustancialmente concebidos, estructurados y defendidos por el Derecho, sobre un plano exclusivamente individual.

El interés individual no encaja en el mismo esquema y por eso el Derecho y la Justicia, han avanzado hacia una dimensión social en el encuadramiento jurídico de estos derechos, para el fiel cumplimiento de aquel mandato constitucional de tutela.

Las agresiones a los intereses de los consumidores tienen un carácter impersonal, no son aislables y entonces no ocasionan lesiones individuales en el sentido tradicional. El interés de todos los consumidores está sujeto a una posibilidad íntimamente de conflicto social con los intereses globales de los empresarios, tendientes a maximizar los beneficios de su actividad. Lo que interesa es si la constante amenaza y la permanente exposición a una serie de peligros es idéntica para todos, y si la eventual reacción de cada uno vale asimismo para los otros, entonces carece de sentido y coherencia la individualización o especificación del interés a defender, sería el intento de atomizar una estructura de intereses y conflictos cuyo plano real revela una matriz netamente unitaria y por ende, no es susceptible de segmentación.

Intereses colectivos o difusos.

Los derechos de incidencia colectiva son aquellos que pertenecientes en común a sectores o categorías de sujetos.

Serán intereses difusos de los consumidores, los de todos los potenciales o efectivos adherentes a cláusulas uniformes contenidas en contratos estándar, para solicitar su inhibición o nulidad cuando sean lesivas de sus derechos económicos: los de todos los adquirentes de una cadena de productos defectuosos elaborados en serie; los de todos los destinatarios de mensajes publicitarios engañosos, etc.

Cuando se habla de intereses difusos es para calificar a los que pertenecen indistintamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de una comunidad conformada alrededor de un ligamen objetivo: la pretensión de goce, por parte de cada uno de ellos, de una misma prerrogativa, en virtud de la indivisibilidad de los bienes perseguidos, por su naturaleza insusceptible de apropiación exclusiva (Denti Vittorio, 1983).

1.8 Tutela Grupal.

La relativa desprotección de los intereses colectivos.

Los intereses colectivos y difusos precisamente por su emplazamiento como situaciones subjetivas meta-individuales, acusaban la cruda indiferencia de los instrumentos de un derecho que protegía solo a la persona: una, o varias, más aisladas,

no grupalmente.

Un contenido negocial seriado y abusivo, lesivo para un grupo de consumidores, mientras los agrede a todos en conjunto y de una sola vez, no recibía del ordenamiento una reacción cuya utilidad para los perjudicados sea igualmente expansiva. La empresa con un solo esfuerzo compromete globalmente los derechos de todos los actuales y futuros clientes. Al contrario, los impulsos de cada uno de estos para poner en marcha los mecanismos institucionales de reacción, solo sirven para sí y no beneficia a los demás.

Esto es así, porque desde la óptica de una tutela restringida al derecho subjetivo y al interés legítimo, se desperdiga la consistencia y solidez de los derechos del grupo y se diluye su sustancia comunitaria, bajo el imperio del daño jurídico como figura exclusivamente individual.

Legitimación procesal.

El interés colectivo no es simplemente una suma de intereses individuales, disfrazados de interés de grupo por meras razones de protección procesal, ni será un capricho del legislador extender la legitimación para su defensa en juicio a favor de agrupaciones o formaciones sociales, será la relación objetiva entre las personas y las instituciones en la sociedad.

La necesidad de que los consumidores se organicen.

El despojamiento de tutela que de hecho acontece por inercia del consumidor singular para recurrir a los tribunales o por la exigüidad del perjuicio sufrido, etc., es partir de la organización de los consumidores que podrá imperar, por sobre un conflicto social de intereses, el equilibrio y la solidaridad deseados.

Se trata de institucionalizar las técnicas participativas de la comunidad, que coloquen en manos de los grupos humanos ciertos poderes eficientes de acción y reacción con relación a los sectores empresariales (Rivas Cistero, Juan, 1978). Esto, en el ámbito de las relaciones obligacionales implica entre otras consecuencias, el ejercicio de un control social sobre el contenido negocial, para que el, exento ya de toda posibilidad de abuso, refleje, sujeto a las reglas de la equidad, la necesaria coexistencia entre los intereses del público y la empresa, indispensable para alcanzar el progreso deseable pero humano.

1.9 Conclusiones.

En el presente capítulo continué analizando los derechos de los consumidores, teniendo como punto de partida el reconocimiento que comenzaron a tener los mismos a partir de la sanción de la Constitución Nacional 1994, en donde hubo un reconocimiento normativo de un cuerpo de derechos fundamentales que representa un estadio significativo de la evolución del derecho del consumidor, tal como quedó plasmado en el artículo 42 de nuestra constitución Nacional También abordé el tema del interés individual versus interés difuso, ubicando dentro de esta última categoría a los consumidores y por último el tema de la tutela grupal entendida como necesidad por parte de los mismos consumidores en agruparse y así lograr técnicas participativas por parte de la comunidad, que coloquen en manos de los grupos humanos poderes eficientes de acción y reacción con relación a los sectores empresariales.

CAPITULO III:

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR 24.240

1. Introducción.- 1.2. Delimitación del ámbito de aplicación del estatuto de defensa del consumidor.- 1.3. Personas físicas o jurídicas.- 1.4. Caracteres.- 1.5. La relación de consumo. La categoría de consumidor directo.- 1.6. Sujetos de la relación de consumo. La reforma introducida por la ley 26.361. Noción profesional o proveedor.- 1.7. El consumidor equiparado como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo u consumidor expuesto.- 1.8. Quid del tercero damnificado.- 1.9. Sujetos del contrato de consumo. Sujetos equiparados. El consumidor expuesto a una relación de consumo.- 1.10. Sujetos del contrato de consumo.- 1.11. Sujetos excluidos.- 1.12. Objeto del contrato de consumo en la Ley de Defensa del Consumidor.- 1.13. El consumo final sinónimo de no profesionalidad.- 1.14. Conclusiones.

1. Introducción

En el presente capítulo analizaré la ley de Defensa del Consumidor Argentina, teniendo como principal objetivo desarticular que se entiende por persona física o jurídica con relación a la relación de consumo, como así también la ampliación que introduce la ley 26.361 con relación a los sujetos que se encuentran comprendidos dentro de esta relación de consumo. Asimismo, desarrollaré los conceptos según la ley con referencia a los sujetos excluidos, proveedor, el objeto propiamente dicho de la relación de consumo, etc.

1.2 Delimitación del ámbito de aplicación del estatuto de defensa del consumidor.

La ley de defensa del consumidor en sus tres primeros artículos⁵ establece las normas protectoras del estatuto del consumidor.

El derecho del consumidor constituye una realidad normativa que recorta horizontalmente a las relaciones jurídicas contempladas desde los códigos sustantivos; a modo de ejemplo, este carácter excepcional del régimen de defensa del consumidor se presenta en:

a) En la contratación (desde el modo en que se perfecciona el contrato; sus formalidades, obligaciones accesorias, su interpretación, régimen de eficacia, etc.

⁵ Artículo 1º: Objeto. Consumidor. Equiparación. 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. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

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.

Artículo 2º: 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 vincularan 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.

Artículo 3º: 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 las relaciones de consumo, en particular la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia la Ley Nº 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

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.

b) En el régimen de reparación de daños (legitimación pasiva, alcances de la responsabilidad del dañador, etc.

c) En los sistemas de implementación de la defensa de los derechos (la legitimación colectiva, las peculiaridades de los procesos colectivos, la organización de vías alternativas de resolución de conflictos, etc.

1.3 Personas físicas o jurídicas.

La ley argentina de Defensa del Consumidor establece que “se consideran consumidores o usuarios, las persona físicas o jurídicas...”; lo que significa que se ha optado por un criterio amplio, sin formular ningún tipo de distinciones entre individuos y personas jurídicas, ni dentro de estas últimas, entre distintas especies, ni siquiera excluyente expresamente a las empresas, ni que se distingue entre grandes, medianas o pequeñas, según la cantidad de personal que ocupen.

En relación con el consumidor, persona jurídica admitida como tal por la ley argentina, no parece dudoso afirmar que, para su desenvolvimiento, consume bienes y/o usa servicios.

Como también, que tal consumo es la resultante de relaciones que formaliza a esos fines y en carácter de destinatario final; lo que significa que la incorporación de bienes o servicios a su patrimonio no la efectúa con el propósito de integrarlos a un proceso económico, sino que se agota en aquella. En ese caso los bienes contratados por la persona jurídica lo serán para beneficio propio.

En esa línea de reflexión, es factible comparar la contratación efectuada por una persona física para su beneficio propio de su grupo familiar o social, con la realización por una persona jurídica en su beneficio (Bercovitz Rodríguez Cano, 1982).

La persona jurídica amparada por la ley 24.240 es la consumidora de bienes o usuario de servicios, en los términos del artículo 1 y 2. Ellos significan, que no lo será la que adquiere a título oneroso bienes o servicios para integrarlos al mercado a un proceso económico no agotado, como lo será la que los adquiera, a su vez para comercializarlos.

1.4 Caracteres.

Establecido en el ámbito subjetivo en el que se hacen operativas las normas protectoras, cabe mencionar algunos caracteres complementarios:

a) Destinatario final: el sujeto (consumidor o usuario) protegido es el consumidor final, el que se halla situado en el último tramo del circuito económico. Lo expuesto significa que nos referimos al agotamiento por consumo o uso (según el caso) de los bienes contratados a título oneroso.

El expresado consumo lo puede ser en beneficio propio, o de su grupo familiar o social.

b) Restricciones: la ley de Defensa del Consumidor no se aplica a todas las personas físicas y jurídicas, ni en cualquier operación jurídica que realicen. El texto legal enuncia los supuestos subjetivos y objetivos en que la regulación protectora no es aplicable.

Supuestos subjetivos: La Ley de Defensa del Consumidor no es aplicable a quienes no ostenten condición de consumidores o usuarios en los términos del artículo 1 de la ley 24.240.

Supuestos objetivos; otra limitación está referida a la materia (objeto) sobre la que se contrata. En tal sentido “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 si la publicidad que se haga de su ofrecimiento”.

La ley 24.240 es inaplicable en los siguientes casos:

- Relaciones celebradas por consumidores que no lo hagan en condición de consumidores finales, ni en beneficio propio o de su grupo familiar o social.
- 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 si la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

c) Exclusión del consumidor- empresario: el artículo 2, párrafo 2 de la ley 24.240, excluía expresamente, el carácter de consumidores o usuarios a quienes “adquieran, almacenen, utilizan o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

La reforma del 2008 con la ley 26.361 eliminó esa exclusión expresa. Pero tampoco incluyó (ni expresa ni implícitamente) a los empresarios, como consumidores.

Esta cuestión debe armonizar con la previsión contenida en el artículo 1, por el que se establece que los consumidores amparados por la legislación protectora son los que contratan a título oneroso para su consumo final o en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Es evidente que quien contrata sobre bienes o servicios para prolongar la vida económica de aquellos en procesos productivos que recién habrán de culminar con una ulterior comercialización a terceros, ostenta condición de empresario y no precisamente la de consumidor por el contrario, son nociones incompatibles entre sí, porque por definición, la figura del consumidor se halla consustanciada con el agotamiento del bien o del servicio en el circuito económico. Es por ello que el consumidor es el destinatario final de uno y de otro.

d) Finalidad del consumo. La protección legal está referida al contrato de consumo final que tenga como objetivo el beneficio propio (el del consumidor o usuario) o el de su grupo familiar o social. Se hace necesario armonizar la expresada finalidad con la calidad de destinatario final que ostenta, por esencia, el consumidor.

Es destinatario final en razón de que los bienes o servicios habrán de ser consumidos o usados por el consumidor, por su familia y por el grupo social al que se halla integrado.

e) Relaciones con empresarios: el título desenvuelve el ámbito de aplicación subjetiva de la ley 24.240. en efecto, hace al vínculo, pero referido a la contraparte de la que consume.

El 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:

- Se hallan sometidos a la aplicación de la ley, los vínculos entre consumidor y profesional.

- Es indiferente a la regulación legal, la naturaleza pública o privada de quien contrata con el consumidor.

f) Exclusión de profesionales liberales: la ley establece que no están comprendidos en su ámbito de aplicación, los servicios de profesionales liberales que requieren para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello. Sin perjuicio de la publicidad que efectúan ofreciendo sus servicios que, en este caso, si están comprendidas.

1.5 La relación de consumo. La categoría de consumidor directo.

La importancia de alcanzar una noción sobre lo que debe entenderse por relación de consumo radica en que, simultáneamente, logra determinarse el ámbito de aplicación o, si se prefiere, de protección legal, de quienes resultan alcanzados por la Ley de Defensa del Consumidor.

La relación de consumo (es la que surge del artículo 3 ley 24.240) es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.

Cuando dicho vínculo tiene su fuente en un contrato, habrá de entenderse como tal al celebrado a título oneroso o gratuito entre un consumidor final, persona física o jurídica, con una persona física o jurídica que actué profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada y que tenga por objeto la adquisición, uso o utilización de los mismos por parte del primero, para su uso personal, familiar o social.

Sancionada la ley 26.361, se establece la forma de determinar quienes ostentan la calidad de sujetos de la relación de consumo, la importancia radica en que el ámbito de aplicación (protección) legal solo está referido a la categoría de personas (criterio subjetivo) a las cuales hagan referencia la ley.

Uno de los sujetos del contrato de consumo es el consumidor final de bienes o el usuario de servicios, Es la concepción adoptada por el art. 2 de la ley 26 del 19/07/1984, “ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, Vigente en España: “A los efectos de esta ley, son consumidores o usuario las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfruten, como destinatarios finales...”

Puede serlo indistintamente, la persona individual o jurídica ubicada al agotarse

el circuito económico, ya que pone fin, a través del consumo o del uso, la vida económica del bien o servicio (Stiglitz – Stiglitz, 1994).

Resulta indistinto que el uso o la utilización de bienes y servicios lo sea en beneficio propio o de su grupo familiar o social, Esta es la concepción adoptada por el artículo 2 de la ley Portuguesa de Defensa del Consumidor: a efectos de la presente ley, son considerados como consumidores, todas las personas a las que los bienes o servicios públicos les son abastecidos para su uso privado.

La ley argentina ha recogido el criterio que considera que el consumidor o usuario, 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.

Las personas jurídicas no se consideran consumidoras cuando contratan la adquisición de bienes o la utilización de servicios para integrarlos a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, porque en ese caso, no son consumidoras finales.

Para ser considerada consumidora la persona jurídica debe celebrar el contrato de adquisición de bienes o utilización de servicios con el propósito de emplearlos o afectarlos para agotar el circuito económico, Si ello no ocurre, no es consumidora final que requiera la protección de la Ley de Defensa del Consumidor.

1.6 Sujetos de la relación de consumo. La reforma introducida por la ley 26.361. Noción profesional o proveedor.

La ley 26.361 amplio la noción de consumidor tal como se hallaba incorporada al texto de la ley 24.240.

La versión original al suministrar la definición de consumidores o usuarios, lo hacía sobre la base objetiva de quienes contrataban, por ejemplo, la adquisición o locación de bienes muebles o la prestación de servicio.

La ley 26.361 reproduce lo relativo a la adquisición de bienes, sin formular distinciones entre ellos y añade como novedad, lo relativo a la utilización de bienes o servicios. Acontece que la utilización de bienes o servicios no requiere necesariamente una contratación previa; El profesional es la contraparte del consumidor en la relación de consumo puede ser definido como una persona física o jurídica que actúa en el

marco de una actividad habitual y organizada de producción y distribución de bienes o de prestación de servicios, se trata de un concepto multidireccional: el profesional es generalmente un comerciante, puede también serlo un industrial, un artesano, o un profesional liberal, puede ser una persona física o jurídica, el criterio decisivo reside en el carácter habitual y lucrativo de la actividad ejercida en el marco de una organización gracias a la cual suministra una apariencia de eficacia y de competencia. Es en esta superioridad, tanto material como intelectual, de donde surgen los derechos específicos para su contraparte (el consumidor) que constituyen obligaciones para el profesional. La actividad del profesional puede ser la principal o una accesoria.

Se ha planteado si las personas de derecho público podrían ser asimiladas a profesionales, adquiriendo el usuario la calidad de consumidor. La respuesta es positiva en lo que concierne a los servicios públicos con carácter industrial o comercial, tradicionalmente sometidos en sus relaciones con los usuarios y la competencia judicial.

1.7 El consumidor equiparado como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo o consumidor expuesto.

Con las modificaciones incorporadas por la ley 26.361, la noción de consumidor se extiende a quién: a) sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes de su grupo familiar o social, y a quién b) de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

Se trata de dos especies de una categoría refería a consumidores equiparados:

“En ocasión de una relación de consumo”, (a) como una razonable relación entre el contra de consumo y la adquisición o utilización de bienes y servicios como destinatario final, todo ello integrado con la relación de causalidad entre ambos puntos de referencia; a esta interpretación es factible llegar por vía analógica a la alcanzada en materia de responsabilidad por el hecho del dependiente (Pizarro, R. D., Vallespinos, C. G., 2008).

La frase se considera 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.” evoca el logrado objetivo del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, que consiste en extender la noción de consumidor (Vasconcellos, Benjamín, Antonio ,

2004).

A su vez el artículo 17, relativo a la reparación por daños causados a los consumidores por defectos relativos a prestaciones de servicios como informaciones insuficientes o inadecuadas, equipara la figura del consumidor con todas las víctimas del evento. De allí que se sostenga que basta con ser víctimas de un producto o servicio para ser privilegiado con la posición del consumidor legalmente protegido por las normas de responsabilidad objetiva por el hecho de productos defectuosos.

1.8 Quid del tercero damnificado.

La expuesta no es la situación en que se halla el tercero damnificado en el seguro contra la responsabilidad civil, ya que la indemnización de la que es acreedor no la obtiene como consecuencia de la adquisición o utilización de bienes o servicios, ni como consecuencia o en ocasión de ella, ni por hallarse expuesto a una relación de consumo, porque el contrato de seguro en el riesgo que nos ocupa tiene como motivo (causa) impulsor para el asegurado, ser relevado por el asegurador de las consecuencias dañosas de su obrar legítimo, el seguro contra responsabilidad civil no constituye un contrato a favor de tercero, así como el tercero damnificado carece de un derecho propio contra el asegurado ejercitable a través de una acción directa.

Como la palabra ocasión tiene entre sus acepciones el de causa o motivo por el que se hace o acaece una cosa, va de suyo que el crédito del tercero damnificado le viene atribuido por su carácter de legitimado activo de una pretensión fundada en haber sufrido un daño resarcible, ejercitable (exigible) contra el titular de la conducta contraria a derecho, imputable y dañosa, y no como consecuencia o en ocasión del contrato de seguro.

La palabra “en ocasión” evoca a una conexión, inexistente, entre la relación de consumo (contrato de seguro) y el crédito del tercero damnificado. O si se prefiere debe existir una razonable vinculación o relación de causalidad adecuada entre uno y otro, y definitivamente no la hay.

1.9 Sujetos del contrato de consumo. Sujetos equiparados. El consumidor expuesto a una relación de consumo.

Con relación al supuesto que hace referencia a quien “ de cualquier manera se halla expuesto a una relación de consumo, se establece que consumidor, no solo es quien adquiere o utiliza bienes o servicios, sino las personas que se hallan expuestas a las prácticas (abusivas) previstas en el Código. Se trata de una noción preventiva y abstracta, porque está referida a quien se halla en vías de adquirir o utilizar un producto o servicio y que la expresión expuestas, facilita enormemente el ataque preventivo a las prácticas (abusivas) previstas en el Código” (Vasconcellos e Benjamín Antonio, 2004).

Son muchos los autores que coinciden en la necesidad de ampliar el marco de protección no solo a los consumidores stricto sensu, además, a las personas individuales o jurídicas, determinadas o no y que se enuncian como terceros que no sean partes de las relaciones de consumo, pero que sean víctimas de ellas como, por ejemplo los damnificados de un producto o servicio.

De allí que sostengan que basta con ser víctimas de un producto o servicio para ser privilegiados con la posición del consumidor legalmente protegido por las normas de responsabilidad objetiva por el hecho de productos defectuosos. (Lima Marques Claudia, 1999).

La ley 26.361 trasplanta una frase “estar expuesto”, incluida en la fuente pero en otro contexto (terceros expuestos a prácticas y contratos abusivos) y la transpuso en el artículo 1 para ampliar la noción de consumidor.

1.10 Sujetos del contrato de consumo.

Constituye un elemento caracterizante del ámbito de protección al consumidor, que el mismo se extienda a las relaciones de consumo (predominantemente contratos) que celebre con productores de bienes o de servicios, que concurren al mercado en condiciones de agentes económicos con carácter profesional. La profesionalidad de productor, importador, distribuidor o comerciante (aunque sea ocasional), excluye conceptualmente la transacción aislada o accidental emprendida por el no profesional. La profesionalidad presupone habitualidad y lucro.

1.11 Sujetos excluidos.

Se halla excluido de la calificación de consumidor, el industrial, fabricante o

revendedor que adquiere bienes o servicios, con el propósito de que continúen su vida económica en actividades de fabricación, distribución y comercialización. Es el criterio recibido por el artículo 3 de la ley española: “No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios” (comp. Art. 2, párr. 2 ley 24.240).

Tampoco están comprendidos los servicios profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero si la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

1.12 Objeto del contrato de consumo en la Ley de Defensa del Consumidor.

La materia de la que es objeto el acto de consumo puede estar referida a:

- Un bien que desaparece tras su empleo, como duradero.
- La contratación a título gratuito u oneroso que tenga por finalidad la adquisición o utilización de bienes o servicios.
- La adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.
- La adquisición o utilización de bienes o servicios por quién no es parte de una relación de consumo pero 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 este expuesto a una relación de consumo.
- Es indiferente que el contenido de la contratación venga predispuesto por el profesional, o sea el resultado de una negociación en la que haya participado el consumidor en la redacción o influido en ella.

También es irrelevante que se trate de un contrato de derecho privado o público o de un contrato cuyo contenido deba ser vigilado previamente por una autoridad.

1.13 El consumo final sinónimo de no profesionalidad.

El consumo final alude a una transacción que se da fuera del marco de la actividad profesional de la persona, ya que 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. El ámbito de la profesionalidad presenta fronteras no muy precisas, que tanto la jurisprudencia como la doctrina han ido ampliando y restringiendo el ámbito de aplicación del régimen protectorio; particularmente cuando la esfera de profesionalidad en cuestión corresponde a una persona jurídica.

El consumidor persona física o jurídica: la preeminencia de los elementos objetivos por sobre los subjetivos.

Los criterios que han informado las definiciones de consumidor se han ordenado entre subjetivos y objetivos, de conformidad a si atendían a elementos que denotaban características del sujeto a ser nominado como consumidor, en el primer caso, o si rescataban datos de la operación económica se los agrupaba entre los elementos objetivos de la definición (Stiglitz, Stiglitz, 1994).

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 a su utilidad reconocida, con el área de profesionalidad del pretendido consumidor, si esta fuera de ella, es un acto de consumo. A ellos además contribuye la admisión del carácter de consumidoras de las personas jurídicas que la ley argentina específicamente la incluye aun cuando pueda merecer reparos, en cuyo caso la pauta para determinar el alcance de sus operaciones dentro de la ley en comentario estará dado por pautas netamente objetivas, es decir por una cualidad ocasional que cada vez que se define más por este tipo de elementos de la relación que por características de los sujetos que intervienen.

La no profesionalidad: desde el consumo para fines domésticos hacia el profesional que consume fuera de su competencia específica.

La posibilidad de considerar como consumidor final a las personas jurídicas trajo consigo el debate de los límites de la profesionalidad, resulta más sencillo en la

persona física, la determinación de uso personal o doméstico de un bien o servicio, en cambio en las primeras es menester remitirse al objeto central de su explotación comercial o profesional. Por otro lado, los conceptos aparecen presionados por la búsqueda de soluciones equitativas en contratos en donde las personas jurídicas son víctimas del poder contractual del proveedor de bienes y servicios, habida cuenta que la injusticia contractual no se agota en las relaciones de consumo.

La ley argentina reconoció a las personas jurídicas como posibles consumidores, desde la inauguración de su régimen, sin embargo doctrinariamente se ha advertido que en supuestos de empresas que adquieren rodados para el transporte de sus operarios o sistemas de seguridad para sus locales comerciales o alimentos para la cantina de los obreros, pueden considerarse que se trata de actos de comercio por conexión, quedando por tal razón fuera del régimen tuitivo. La experiencia jurisprudencial muestra el esfuerzo para definir la “no profesionalidad” o lo que es lo mismo definir la “profesionalidad relevante” con fuerza excluyente del régimen consumerista. Se ha permitido a una persona jurídica dedicada a la construcción de obras civiles, emplazarse en los términos de la ley 24.240 con motivo de la crisis de un contrato de compraventa de rodados para su uso de sus empleados, sin embargo, a la empresa de remises que compro una flota de 32 autos para su explotación, le fue negado aquel carácter. Es evidente que se trata de los ejemplos de adquisiciones vinculadas a una actividad empresarial, aunque con distinta intensidad, y la evaluación de tal vinculación es la determinante para definir el carácter de consumidor.

La cuestión pone en tela de juicio la cuestión del involucramiento de un determinado consumo dentro de una lógica de producción y suele interpretarse en la búsqueda de soluciones más extensivas del régimen tuitivo, que hay consumo final cuando no hay reventa de lo adquirido, ello así aun cuando no se exprese con palmaria latitud, es el razonamiento presente.

Se sostiene que el nuevo texto del artículo 1 amplió notablemente el concepto de consumidor, incluyendo, por ejemplo, el caso de quien adquiere un vehículo y luego lo usa para fletes o para servicio de remisería. Lo importante es que adquirió el rodado como destinatario final (no para revenderlo).

Esta postura puede verse abonada por la lamentable exclusión de una valiosa regla interpretativa contenida en el artículo 2 del texto original de la ley 24.240, que expresaba: “no tendrán el carácter de consumidores, quienes adquieran, almacenen,

utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

El párrafo recién citado y ahora omitido en la versión de la ley 26.361 era una herramienta útil para distinguir el consumo involucrado a un proceso productivo y o comercial, en definitiva una actividad profesional. Quien adquiere una camioneta para servicio de flete, o ambulancias para servicios de emergencia, o ciclomotores para cadetería, está claro que tales bienes no son para el mercancía que revenda, no está adquiriendo para revender y lucrar con tal operación, sino que lo está involucrando en una actividad profesional, la cual lo convierte en la mayoría de los casos, en un conocedor de la rama de la actividad directamente vinculada a su quehacer específico, por otro lado, por ser adquirente habitual de tal servicio, le confiere poder de negociador del consumidor propiamente dicho.

1.14 Conclusiones

En el presente capítulo hice hincapié en cuál es el ámbito de aplicación del estatuto del consumidor, es decir cuál es objeto de la ley de defensa de consumidor, y dentro de esta, analizamos que se entiende por persona física y jurídica, y que se entiende por consumidor y usuario, también explicamos según la ley que es proveedor y que es la relación de consumo entendida como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. También referencié la modificación que la ley 24.240 sufrió con la sanción de la ley 26.361 que amplió la noción de consumidor tal como se hallaba incorporada al texto original, a quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes de su grupo familiar o social, y a quién b) de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo. También hacemos mención a los sujetos excluidos de la relación de consumo al industrial, fabricante o revendedor que adquiere bienes o servicios, con el propósito de que continúen su vida económica en actividades de fabricación, distribución y comercialización como así tampoco están comprendidos los servicios profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero si la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

CAPITULO IV:

Cláusulas Abusivas

Sumario: 1. Introducción.- 1.2. Cláusulas abusivas: desnaturalizan el vínculo contractual.- 1.3. La protección del consumidor contra las cláusulas abusivas.- 1.4. Consideraciones iniciales y provisionales sobre las razones y efectos del control sobre las cláusulas abusivas.- 1.5. Caracterización de la cláusula abusiva como un supuesto de antijuridicidad.-1.6. Efectos derivados de la caracterización de las cláusulas abusivas como supuestos de antijuridicidad. 1.7. Cláusulas abusivas antijurídicas y la ley de defensa del consumidor 1.8. Alcances de la nulidad de los contratos.- 1.9. La conservación del acto sobre la base de la preservación del propósito.

1. Introducción.

En el presente capítulo voy a analizar cuáles son las cláusulas abusivas que desnaturalizan el vínculo contractual a modo de que se pueda comprender cuál fue el interés que tuvo en miras el legislador cuando sancionó la ley 24.240 y su posterior modificación con la ley 26.361, en las cuales se tuvo como fin inmediato lograr la protección de los dos centros de interés tal como son ambas partes sustanciales en un contrato de consumo, en la cual incluyo a éstas.

Asimismo, la introducción de tales cláusulas no implica que le sean inaplicables los principios generales precedentes del derecho sino que deben interactuar con un mismo propósito obtener un equilibrio sustancial entre las partes y la justicia contractual.

1.2 Cláusulas abusivas: desnaturalizan el vínculo contractual.

La frase “cláusulas que desnaturalizan las obligaciones” como cláusulas abusivas, normativamente se incluyen por primera vez en la Ley de Defensa del Consumidor, ley 24.240 (artículo 37), se caracterizan porque desnaturalizan (alteran, desfiguran) el vínculo obligacional, el que presupone dos centro de interés (dos partes sustanciales).

Por desnaturalización de la relación obligacional debe entenderse aplicación de una o más cláusulas predispuestas en donde se amplíen los derechos del predisponente o se atribuyan en su favor la posibilidad de alterar en algún sentido la obligación o la carga comprometida o por las que se reduzcan o supriman sus obligaciones o desde la perspectiva inversa, cuando se amplíen las obligaciones o cargas del consumidor o usuario o se supriman o modifiquen, en su contra, sus derechos.

Y cuando de todo ello resulte un desequilibrio de los derechos y las obligaciones de tal entidad (manifiesta o notable) que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses al afectarse la relación de equivalencia.

El 22 de septiembre de 1993 se sancionó en la Argentina la “Ley de Defensa del Consumidor”, en su capítulo IX, se regulan bajo el título “De los términos abusivos y cláusulas ineficaces”. Dicha ley fue reglamentada por el decreto 1798/1994. A su vez el 12 de marzo de 2008 se sancionó la ley 26.361, que si bien introdujo la reforma a la ley de Defensa del Consumidor, no se efectuaron reformas con relación al mencionado

capítulo acerca de los términos abusivos y cláusulas ineficaces.

Se definen las cláusulas abusivas como aquellas que “afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”. Se introduce una cláusula abierta que deberá ser leída así: Se tendrán por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, también se introduce una cláusula general que deberá ser leída de la siguiente manera: se tendrán por no convenidas las cláusulas que importen renuncia o restricción a los derechos del consumidor o amplíen derechos a la otra parte; Principio que ya tiene acogida en nuestros tribunales, “Las cláusulas predisuestas que imponen renunciaciones a la parte débil de la contratación son vejatorias y por tanto carecen de eficacia”. CNCom. Sala B, 8/5/1987, “Automóviles Saavedra c. Fiat Argentina”, DJ, 1988-1-243.

El texto legal solo enuncia dos supuestos puntuales de cláusulas abusivas: La cláusula limitativa de responsabilidad por daños, y la cláusula por la que se imponga la inversión de la carga de la prueba, en perjuicio del consumidor.

En cambio las restantes cláusulas del contrato discrecional o las condiciones generales, particulares o especiales cuestionadas en el contrato predisuesto requieren, para determinar si constituyen cláusulas abusivas, una investigación, lo que presupone que la nulidad no es manifiesta, sino que debe ser apreciada judicialmente.

La ley argentina dispone de un sistema de control judicial que exige, para dos supuestos, verificar si la cláusula nula (ex lege) está presente en el contenido mismo del contrato. Solo basta verificar si la integra la configuración interna del texto. Y en los demás casos, requiere de una tarea de apreciación entre las cláusulas contractuales (predisuestas o no) sospechadas de abuso, las circunstancias de hecho de las que resulta o resultaría su aplicación y las cláusulas abiertas, de fuente normativa.

1.3 La protección del consumidor contra las cláusulas abusivas.

Antes de la sanción de leyes específicas de protección a los consumidores contra las cláusulas abusivas, los tribunales debían aplicar los principios generales que procedían de normas del derecho común y/o los creados por la doctrina de los autores y/o los jueces, lo propio acontecía en Argentina hasta la sanción de la ley 24.240.

Las nuevas leyes protectoras dictadas por las legislaciones nacionales contienen

un sistema de control de cláusulas abusivas a través de: a) un enunciado de las mismas, más o menos extenso según las normativas, b) cláusulas abiertas. Lo expresado no significa que, de allí, en más, sean inaplicables los principios generales procedentes del derecho común. Por el contrario, interactúan, en un mismo propósito, el equilibrio sustancial entre las partes y la justicia contractual.

El derecho inglés es el ejemplo que mejor pone en evidencia la contribución efectuada por una inteligente y sensible labor jurisprudencial, que se ha ido elaborando una serie de directivas que han servido de fuentes o antecedentes a la *unfair contract terms act 1977*. El *common law*, por la esencia que les es inherente, función creadora de los tribunales, se ha caracterizado por la riqueza y versatilidad en la configuración de sus máximas. Adquiere un valor especial la agudeza de los principios expresados por los tribunales de justicia, estos tan estrechamente vinculados al *freedom of contract* (libertad contractual), con actitud menos prejuiciosa (y sin embargo, con mayor convicción) que en el derecho continental. Por dar un ejemplo altamente estimulante: en los países de derecho no escrito, hasta la sanción de leyes específicas, los tribunales aluden a las cláusulas contractuales implícitas, que son aquellas que los jueces consideran integradas al contenido del contrato, con abstracción de la voluntad de las partes y que se imponen a ellas. Sobre dichas bases, la jurisprudencia inglesa anterior a la sanción de la *Sale Of Goods Act 1983* consideró cláusula implícita aquella por la que se establecía que el bien objeto de la venta posee las características que lo hacen idóneo o adecuado a su destino. Ello importaba la nulidad de toda cláusula exonerativa o limitativa de responsabilidad por vicios.

Toda la sistematización de los criterios jurisprudenciales sobre la materia y en el marco del *common law*, comienza con la regla, en virtud de la cual, salvo que el contrato estuviera viciado por error, dolo o violencia, los términos en que las partes se han comprometido los vinculan con total abstracción de la falta de negociación de su contenido. La libertad contractual a lo que se añadía que se dio en denominar el efecto de la firma, constituían los presupuestos de validez del contrato.

La contratación predispuesta puso en evidencia que el cliente corrientemente ignoraba su contenido. La cuestión se agravaba con las cláusulas exonerativas o limitativa de responsabilidad, que eran precisamente las invocadas por el vendedor y las denunciadas como desconocidas por el comprador.

Ello especialmente en el marco de los contratos instrumentados en documentos

distintos, donde en uno se hacía referencia a otro, o en contratos cuyo contenido se hallaba parcialmente documentado y el resto había sido acordado verbalmente.

En esos casos, la validez de la cláusula se hallaba condicionada a una *reasonable notice*, aunque no de su exacto contenido. Para alcanzar esto último se aludía a la necesidad de que la partes emplearan una diligencia tal (del hombre medio) que se conformara a las circunstancias del caso (Tettemborn, M., 1986).

Pero con un agregado, referido genéricamente a las condiciones generales y no solo a la cláusula exonerativa: cuanto más inesperada o inusual sea la cláusula, mayor debe era el deber de exigencia de anoticiamiento para tenerla por incorporada al contrato (Treitel, G.H., 1991), quien agrega que si la cláusula es de tal naturaleza que la parte afectada no puede normalmente esperarla, solo se la tendrá por incorporada al contrato si sobresale en el texto.

El tema relativo a las cláusulas que debían tenerse por incorporadas al contrato, y ello acontecía cuando las partes, con anterioridad, habían estado vinculadas sustancialmente por una relación comercial análoga. La única excepción la constituían las cláusulas exonerativas, que requerían del consumidor un acto expreso o tácito que tradujera su consentimiento.

Con el alcance de control indirecto se suministró una directiva de hermenéutica, consistente en que las expresiones empleadas en las cláusulas debían ser inequívocas. Y ello se aplicaba con rigor, a las cláusulas exonerativas de responsabilidad, que debían hablarse redactadas claramente para acotar con exactitud la responsabilidad que se suprimía. Solo en ese caso la interpretación era estricta, ya que el alcance de la exclusión contractual quedaba limitado a ese único supuesto. Esta regla armonizada con la que establecía, en caso de duda, el sentido que mejor favorecía la posición contractual del deudor.

La doctrina de *la repugnancy* ha sido utilizada para declarar la ineficacia de aquellas condiciones generales de los contratos que se oponen a la finalidad práctica principal del contrato; el principio de la *consideration*, en tanto postulado que se sustenta en la relación de reciprocidad entre beneficios y sacrificios (Stiglitz, 1994). Con relación concreta al incumplimiento contractual, se ha implementado una directiva por la que se declara la ineficacia de las cláusulas exonerativas de responsabilidad con las que se pretende amparar una conducta de tal gravedad que sustrae del contrato su finalidad, el incumplimiento debe referirse a una cláusula fundamental.

Por lo demás la eficacia de la cláusula exonerativa se halla condicionada a la claridad de su texto y a la clara delimitación de la hipótesis.

En Argentina a partir de la sanción de la ley 24.240:

- Se introducen dos cláusulas abiertas que presuponen por sí mismas, sendas definiciones de cláusulas abusivas:

Las que desnaturalizan las obligaciones.

Las que importen renuncia o restricción a los derechos del consumidor.

- Se enuncian solo dos cláusulas abusivas:

Las que limiten la responsabilidad por daños.

La que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

El efecto previsto para las cláusulas abusivas, taxativamente mencionadas, es la declaración de nulidad de las mismas. Cuando no se trate de las cláusulas aludidas, la limitativa de responsabilidad y la que consagra la inversión de la carga probatoria, el juez deberá realizar, con relación a las reglas de autonomía cuya legitimidad se cuestiona, un test de validez, realizando una confrontación entre ellas con las normas y principios de raigambre constitucional. De salir airoso, queda subsistente el control judicial de legitimidad y equidad con las cláusulas abiertas de fuente legal.

Las directivas de interpretación también han sido calificadas como integrando indirectamente todo sistema de control, como consecuencia de la declaración de nulidad parcial, el juez integrar el contrato, con la norma legal aplicable. Con la sanción de la ley de Defensa del Consumidor, se legitima a la autoridad de aplicación de dicha ley, Secretaría de Comercio Interior de la Nación y los organismos provinciales competentes para efectuar la vigilancia tendiente a que los contratos no contengan cláusulas abusivas.

1.4 Consideraciones iniciales y provisorias sobre las razones y efectos del control sobre las cláusulas abusivas.

El contrato por adhesión a cláusulas predispuestas pone de manifiesto la existencia de una desigualdad formal cuya génesis la hallamos en el predominio contractual (poder de negociación) concentrado en el profesional. Ello de por sí justifica y explica un control de contenido de las cláusulas predispuestas que integran

el contrato predispuesto a los que debe añadirse que las reglas contractuales se establecen por un procedimiento en que el típicamente la voluntad del adherente no tiene protagonismo y por tanto, por un déficit de contractualidad (Miquel González, 2011). Si a ello se le añade la circunstancia de que a la configuración interna del contrato confluyen y penetran cláusulas abusivas, hay que concluir en que el contrato de masa, estándar o uniforme alcanza a asumir categoría de instrumento de opresión (Puig Brutau, J., 1978).

La contratación predispuesta presupone desigualdad formal y suprime la posibilidad de que el adherente controle los excesos, las injusticias y los abusos introducidos en un texto cuyo contenido ha sido predeterminado.

Eliminada la etapa de los controles particulares recíprocos, se hace ineludible acudir a controles externos al control y a las partes, son indispensables a los fines de restablecer el equilibrio y que se logra mediante la supresión de las cláusulas a la que se le atribuya ese efecto de desnaturalizar la relación contractual.

1.5 Caracterización de la cláusula abusiva como un supuesto de antijuridicidad.

Cuando se examina el grado de asimilación o rechazo, por el ordenamiento jurídico, de una cláusula abusiva, en última instancia lo que se está analizando es si nos hallamos frente a un ilícito. La antijuridicidad formal se sostiene argumentalmente en la tipicidad del ilícito y de la sanción, lo que implica para sus partidarios, equiparar ilicitud con ilegalidad.

El legislador prevé normativamente el comportamiento contrario y su efecto sancionatorio. Ello garantiza para sus sostenedores la seguridad, porque la ilicitud solo emerge de una disposición expresa de la ley, de donde la interpretación admisible solo es la literal.

Con la sanción de la ley 24.240, se ha ampliado el elenco de disposiciones formalmente ilícitas, porque ahora lo constituyen la cláusula limitativa de responsabilidad y la que consagra la inversión de la carga probatoria.

Este criterio (el constitutivo de la ilicitud formal) ha sido calificado de insuficiente, porque se agota con un enunciado o elenco de tipo de ilícitos imaginados

por el legislador, pero holgadamente superados por la realidad. Especialmente cuando se comprende que la equiparación entre Derecho y legalidad es solo parcialmente exacta, ya que el ordenamiento jurídico es un plus por sobre la norma legal. De allí en más se afirma que el plexo normativo se halla integrado por otras fuentes.

Es entonces cuando se señala que lo ilícito debe ser algo más que la violación de lo prohibido legalmente, dado que el derecho son los principios antes que la ley escrita y esta no es sino una de las formas técnicas de lo justo (Acuña Anzorena A., 1963). Y ese algo más se halla constituido por pautas jurígenas, distintas a la ley, como ser el orden público, la moral, la equidad, la buena fe, el ejercicio regular de los derechos, la relación de equivalencia o reciprocidad del vínculo contractual, etc., cuya violación a través de la incorporación de cláusulas abusivas, importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual y adopta la denominación de ilicitud material o antijuridicidad material (Sourdat, A., 1902).

En suma, la caracterización de la antijuridicidad de lo antinormativo, excede la ilegalidad, de suerte tal que lo materialmente antijurídico se halla prohibido.

1.6 Efectos derivados de la caracterización de las cláusulas abusivas como supuestos de antijuridicidad.

Una vez afirmada la tacha de ilicitud, formal o material, atribuible a las cláusulas abusivas, corresponde indagar sobre la esencia de los instrumentos de reacción factibles de ser actuados por los órganos jurisdiccionales frente a esta modalidad de infracción al deber jurídico. Los mecanismos con los cuales se defiende el orden jurídico cuando es transgredido, son las sanciones (Diez-Picaso, 1961, Boffi Boguero, L., 1960).

Las cláusulas abusivas, por contrariar el orden jurídico, vician el contenido del contrato desde su formación, no resultando idóneas para producir sus efectos propios.

Frente a una situación de esta naturaleza, hasta la sanción de la ley 24.240, nuestro sistema jurídico carecía de una regulación específica para el control de las condiciones generales de los contratos hasta entonces era aplicable el artículo 18 del Código Civil, en cuanto genéricamente priva de calidez a los actos ilícitos cuando la ley no designe otro efecto para el caso de contravención (Mosset Iturraspe, 1978).

La nulidad era como lo sigue siendo ahora, la sanción legal con que el derecho

positivo rechazaba el fenómeno de la cláusula abusiva. Consiste en la privación de los efectos propios o normales del acto, de las consecuencias que la ley reputa queridas por las partes (Llambías Jorge, 1975).

Es una sanción resarcitoria, que presidida por la idea de igualdad, procura recomponer la situación del damnificado, por la infracción del deber jurídico, al statu quo anterior. La declaración de nulidad de la cláusula abusiva advenía de pleno derecho, al quebrantarse una prohibición expresamente establecida por la ley.

Nuestra doctrina ha interpretado flexiblemente que la previsión contenida en el artículo 1037 del Código Civil, ha coincidido mayoritariamente en la admisión de las llamadas nulidades implícitas o virtuales, factibles de ser decretadas luego de apreciar un contraste entre el acto y el ordenamiento jurídico, aun sin una explícita determinación legal en ese sentido (Llambías Jorge, 1975).

La estimativa jurídica, so pretexto de la inexistencia de una prohibición expresa, no tolera la protección de los actos incompatibles con el ordenamiento jurídico interpretado en su plenitud. Siendo la inoponibilidad un supuesto de ineficacia establecida por la ley para proteger a terceros y siendo el consumidor parte y no tercero de la relación sustancial, aquella figura aparece como inaplicable.

1.7 Cláusulas abusivas antijurídicas y la ley de defensa del consumidor.

A partir de la sanción de la ley de Defensa del Consumidor, la cuestión tiene solución. El artículo 37 de la ley 24.240 dedicado a los términos abusivos y cláusulas ineficaces, se inicia enunciando el efecto “se tendrán por convenidas”, de donde la sanción consiste en la nulidad parcial y de pleno derecho, de las cláusulas abusivas que consistan en la limitación de la responsabilidad del predisponente por daños, o de aquellas que importen la inversión de la carga probatoria en perjuicio del consumidor. Estas dos condiciones generales leoninas aparecen en el texto legal como manifiestas. Su nulidad devendrá por la sola circunstancia de que se verifique la existencia de cualquiera de las dos hipótesis legales. Se trataría, en el caso, de cláusulas nulas, de nulidad manifiesta.

De ser cuestionada la validez de las restantes cláusulas, asumirán la categoría de abusivas y por ende, nulas si el juez estima que desnaturalizan el vínculo contractual o

contrarían el orden público, la moral, la buena fe y sus derivados, como ser la doctrina del acto propio, el ejercicio regular de los derechos, las normas legales imperativas, las normas legales relativamente imperativas, los principios esenciales que informan y gobiernan el derecho dispositivo, la finalidad económica y jurídica del tipo contractual seleccionado por las partes, en tanto perjudiquen la posición contractual del consumidor.

1.8 Alcance de la nulidad de los contratos.

Nulidad parcial

Frente a la existencia de una cláusula abusiva, se discute el alcance material de la invalidez. Y los términos de la misma pendulan entre circunscribir la nulidad a la cláusula viciada, subsistiendo el contrato incólume en todo lo demás, lo que se enuncia como nulidad parcial, o someter a la disciplina de la invalidez también a la parte sana del negocio, que viene así a resultar atrapada por la suerte de la cláusula viciada, configurándose la nulidad total del acto. El código civil argentino adopta como pauta para deslindar los supuestos de aplicación de la nulidad completa o de la nulidad parcial, el de la separabilidad entre las distintas disposiciones del acto, aun cuando no suministra el criterio alguno que sirva a ese propósito (Gasperi, Morello, 1964). No existe ninguna necesidad conceptual ni de política jurídica para que en virtud de la parte nula del contrato, quede sometida igualmente a la nulidad el tramo no alcanzado por aquella. La finalidad práctica apunta a la obtención o satisfacción de los intereses de las partes o sea de los bienes o prestaciones idóneas (útiles) en función de lo acordado en miras a los fines perseguidos o sea a la conservación del acto (Ruiz Muñoz, 1993).

1.9 La conservación del acto sobre la base de la preservación del propósito.

Cuando el negocio puede existir aún, sin el elemento viciado, habrá que atenerse a la particular finalidad perseguida por las partes, afirmando la validez de las restantes cláusulas no afectadas de nulidad en la medida en que constituyan el mínimo contenido deseable con relación a todo el acto, así como estaba proyectado. En estas consideraciones descansa el acierto de la regla de la “incomunicabilidad de la nulidad”,

que se corresponde con el principio de conservación del negocio. La tendencia a mantener la existencia del contrato y sus efectos, aunque alguna de sus cláusulas sea ineficaz, es la que conduce a la regla de la nulidad parcial, de tal suerte que una vez separada la parte nula, se justifica la subsistencia del negocio con los elementos válidos, dotados de interés práctico para las partes. Nuestro Código Civil reza:

Art. 1.039. “La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables”.

Dicho artículo conduce inexorablemente a una tarea interpretativa de complementación y atendiendo a la intención práctica perseguida por quien o quienes declaran su voluntad libremente en el acto jurídico, una cláusula habrá de aprehenderse como separable dentro del cuadro negocial cuando el contrato hubiera de todos modos advenido pese a la invalidez de alguna de sus partes. Y será considerada inseparable cuando por mediar una íntima conexión entre la parte nula y el resto del negocio este no puede reputarse querido sin aquella.

La consecuencia que trae aparejada la declaración de nulidad parcial de un contrato consiste en la sustitución automática de la regla de autonomía por la norma legal aplicable, ya sea esta imperativa o ya sea dispositiva pero sin eficacia supletoria (Stiglitz, 1994).

Sancionada la ley 24.240, queda resuelta la cuestión relativa al alcance de la nulidad. Lo decide el artículo 37 de la misma a establecer que sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas, de modo que el adopta el criterio de la nulidad parcial.

1.9 Conclusiones

En el presente capítulo desarrollé lo referente a las cláusulas abusivas que son las que desnaturalizan el vínculo obligacional y contractual, que presupone el interés tenido en miras por las partes, enunciando como tales a las que limiten la responsabilidad por daños. Y las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; teniendo como efecto previsto la nulidad de las mismas.

CAPITULO V

Protección jurídica del consumidor: Personas Jurídicas.

Sumario: 1. Introducción.- 1.2. Protección jurídica del consumidor.- 1.3. Las personas Jurídicas como consumidoras finales.- 1.4. Antes de la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor.- 1.5. La reforma introducida por la ley 26.361. Sujetos de la relación de consumo. Noción profesional o proveedor.- 1.6. Pautas interpretativas.- 1.7. Conclusiones.

1. Introducción

En este último capítulo hago un análisis poniendo especial énfasis en la protección jurídica del consumidor antes de la sanción de la ley 24.240, como así también con la modificación introducida por la ley 23.361, teniendo en cuenta las pautas interpretativas.

1.2 Protección jurídica del consumidor.

En nuestro país, la defensa de los intereses de los usuarios y consumidores se ha conformado a través de un escalonado proceso. La doctrina civilista, en las décadas del setenta y del ochenta, puso en agenda esta temática, mediante valiosos estudios y novedosas recomendaciones de congresos y jornadas, con el transcurso de los años se sancionó la ley 24.240, que significó un avance sobre la legislación existente, iniciando así un nuevo rumbo en relación al tratamiento de las relaciones de consumo signado por los paradigmas imperantes. La reforma constitucional del año 1994 otorgó jerarquía constitucional al principio protectorio del consumidor, provocando con ello las sucesivas reformas introducidas a la ley 24.240, mediante las leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361.

Sin embargo el camino de adaptación de nuestro ordenamiento a la nueva cultura jurídica de protección del consumidor, ha presentado vicisitudes y amenazas. Desde su implementación, el estatuto del consumidor se convirtió en una temática de recurrente tensión, a partir de una serie de interrogantes sobre el ámbito de aplicación de los mecanismos previstos y el avance de los mismos sobre algunas relaciones jurídicas de derecho privado en particular. En este capítulo haré referencia a lo que sucede con relación a las personas jurídicas cuando son consumidores finales.

La ley de defensa del consumidor en su primer artículo quienes son las personas físicas o jurídicas a las que se los consideran consumidores:

Artículo 1º: Objeto. Consumidor. Equiparación. 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. Queda

comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

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.

La ley argentina de Defensa del Consumidor establece que “se consideran consumidores o usuarios, las persona físicas o jurídicas...”; lo que significa que se ha optado por un criterio amplio, sin formular ningún tipo de distinciones entre individuos y personas jurídicas, ni dentro de estas últimas, entre distintas especies, ni siquiera excluyente expresamente a las empresas, ni que se distingue entre grandes, medianas o pequeñas, según la cantidad de personal que ocupen.

En relación con el consumidor, persona jurídica admitida como tal por la ley argentina, no parece dudoso afirmar que, para su desenvolvimiento, consume bienes y/o usa servicios. Como también, que tal consumo es la resultante de relaciones que formaliza a esos fines y en carácter de destinatario final; lo que significa que la incorporación de bienes o servicios a su patrimonio no la efectúa con el propósito de integrarlos a un proceso económico, sino que se agota en aquella. En ese caso los bienes contratados por la persona jurídica lo serán para beneficio propio.

En esa línea de reflexión, es factible comparar la contratación efectuada por una persona física para su beneficio propio de su grupo familiar o social, con la realización por una persona jurídica en su beneficio (Bercovitz, Rodríguez-Cano, 1984).

La persona jurídica amparada por la ley 24.240 es la consumidora de bienes o usuario de servicios, en los términos del artículo 1 y 2. Ellos significan, que no lo será la que adquiere a título oneroso bienes o servicios para integrarlos al mercado a un proceso económico no agotado, como lo será la que los adquiera, a su vez para comercializarlos.

El destinatario final protegido es el consumidor final, el que se halla situado en el último tramo del circuito económico. Lo expuesto significa que nos referimos al agotamiento por consumo o uso (según el caso) de los bienes contratados a título oneroso.

El expresado consumo lo puede ser en beneficio propio, o de su grupo familiar o social. La ley de Defensa del Consumidor no se aplica a todas las personas físicas y

jurídicas, ni en cualquier operación jurídica que realicen. El texto legal enuncia los supuestos subjetivos y objetivos en que la regulación protectora no es aplicable.

- Supuestos subjetivos: La Ley de Defensa del Consumidor no es aplicable a quienes no ostenten condición de consumidores o usuarios en los términos del artículo 1 de su articulado.
- Supuestos objetivos: otra limitación está referida a la materia (objeto) sobre la que se contrata.

En tal sentido “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 si la publicidad que se haga de su ofrecimiento”.

La ley 24.240 es inaplicable en los siguientes casos:

- Relaciones celebradas por consumidores que no lo hagan en condición de consumidores finales, ni en beneficio propio o de su grupo familiar o social.
- 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 si la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

Exclusión del consumidor- empresario: el artículo 2, párrafo 2 de la ley 24.240, excluía expresamente, el carácter de consumidores o usuarios a quienes “adquieran, almacenen, utilizan o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

La reforma del 2008 con la ley 26.361 eliminó esa exclusión expresa. Pero tampoco incluyó (ni expresa ni implícitamente) a los empresarios, como consumidores.

Esta cuestión debe armonizar con la previsión contenida en el artículo 1, por el que se establece que los consumidores amparados por la legislación protectora son los que contratan a título oneroso para su consumo final o en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Es evidente que quien contrata sobre bienes o servicios para prolongar la vida económica de aquellos en procesos productivos que recién habrán de culminar con una ulterior comercialización a terceros, ostenta condición de empresario y no precisamente la de consumidor por el contrario, son nociones incompatibles entre sí, porque por definición, la figura del consumidor se halla consustanciada con el agotamiento del

bien o del servicio en el circuito económico. Es por ello que el consumidor es el destinatario final de uno y de otro.

Finalidad del consumo. La protección legal está referida al contrato de consumo final que tenga como objetivo el beneficio propio (el del consumidor o usuario) o el de su grupo familiar o social. Se hace necesario armonizar la expresada finalidad con la calidad de destinatario final que ostenta, por esencia, el consumidor. Es destinatario final en razón de que los bienes o servicios habrán de ser consumidos o usados por el consumidor, por su familia y por el grupo social al que se halla integrado.

1.3 Las personas Jurídicas como consumidoras finales.

“Se puede admitir el carácter de usuario o consumidor de la persona jurídica, cuando pese a que los bienes o servicios son adquiridos dentro del ámbito de la actividad de la empresa, ellos no se relacionan ni directa ni indirectamente con el objeto propio de aquella.” (Farina Juan, 2004)

La controversia en torno a la invocación de tutela de la Ley de Defensa del Consumidor por parte de las empresas fue abordada de manera dispar por la doctrina y jurisprudencia con anterioridad a la reforma introducida por la ley 26.361. Ya entonces se consideraban consumidores a las personas jurídicas, públicas o privadas; y pese a las voces que pregonaron circunscribir el concepto a las personas físicas (al menos en líneas generales), la nueva normativa mantuvo el criterio mentado.

Fue necesario analizar los términos en los que están redactados actualmente los artículos 1º y 2º, que definen las nociones de “consumidor” y “proveedor”; perfilando el ámbito de aplicación de la ley. Los caracteres que permiten dilucidar los supuestos en los que las personas jurídicas con fines de lucro y los comerciantes actuarían como consumidores y podrían reclamar la protección de la Ley, que, como es sabido, prevé trascendentes beneficios para el sujeto tutelado si se los compara con las disposiciones ordinarias del Derecho Comercial que parten del presupuesto de tratar en un plano de igualdad (muchas veces artificial) a aquellos empresarios que se ven envueltos en un conflicto jurídico entre sí (Chamatrópulos Demetrio A., 2009).

1.4 Antes de la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor.

La ley 24.240 caracterizaba al consumidor con una visión teleológica, despreocupándose en cierta medida de que quien consuma sea un particular o una empresa. Se ha expresado que, esta mirada coincidía con la planteada por la ciencia económica, que predica que:

“El consumo es la causa final y el cumplimiento de todo el proceso económico: producción, circulación, reparto... Es decir, para la economía, el 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; participa de la última fase del proceso económico, a diferencia del empresario, que adquiere el bien por su valor de cambio para incorporarlo transformado a su proceso de producción o distribución” (Fernández, Gómez y Aicega, 2009).

En efecto, la Ley, en su artículo 1º, expresaba que eran consumidores o usuarios “las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Para esta concepción teleológica será destinatario final “aquel destinatario fáctico y económico de bienes o servicios, sea la persona física o jurídica. Es decir, no bastará con ser destinatario fáctico del producto, sino que también se deberá ser el destinatario económico del bien: no adquirirlo para revenderlo, ni para uso profesional, pues el bien sería nuevamente un instrumento de producción cuyo precio sería incluido en el precio final del profesional que lo adquirió” (Fernández, Gómez y Aicega, 2009).

Como una reafirmación de esa óptica finalista, el segundo párrafo del artículo 2º les negaba el carácter de consumidores a todos aquellos que “adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Para no dejar dudas, el artículo 2º del decreto reglamentario 1798/1994 prescribía que “se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica”.

Sobre la base de lo mencionado, no obstante estar previsto que una empresa podía ser reputada como consumidora o usuaria en los términos de la Ley, lo cierto era que, en los hechos, se tornaba bastante difícil dilucidar si una compañía adquiría un

determinado producto para consumo final o bien para incorporarlo a su proceso productivo o de comercialización.

Esta última duda llevó a que doctrinariamente se dé nacimiento a una serie de distinciones (de gran vigencia en la actualidad) que permitían regular la situación con mayor precisión. Siguiendo a Ricardo Lorenzetti (2003), podemos efectuar la siguiente clasificación:

1. En algunos casos, los productos pueden ser adquiridos por empresas, pero como consumidores finales. Es decir, bienes “no integrados al proceso productivo”. Sería el supuesto, por ejemplo, de la compra de obsequios de fin de año por parte de la compañía para sus empleados.

Aquí estaríamos indudablemente frente a situaciones que permitirían a la empresa invocar la Ley para defender su posición.

2. Podemos encontrar también situaciones de “integración parcial”. Aquí el bien utilizado ostenta una finalidad mixta. Por un lado, la cosa o servicio forma parte del proceso productivo pero, simultáneamente, se desvincula de él. Pasaría, verbigracia, con un rodado afectado a una actividad de venta, pero que, los fines de semana, es usufructuado por el dueño de la empresa para su disfrute personal.

El actual presidente de la Corte Suprema esboza aquí una serie de herramientas que permitirían dilucidar si estamos ante una relación amparada por la Ley. Fija los siguientes parámetros:

a. Criterio subjetivo “ex ante”. Haciendo uso de esta primera guía, corresponde indagar si la persona que invoca la protección de la ley es usualmente consumidor o, por el contrario, comerciante, siéndole aplicable la Ley sólo en el primer caso.

b. Criterio objetivo “ex post”. Bajo esta óptica, lo primordial será observar cuál es el destino principal que se le da al bien. Es decir, si será mayormente para consumo final, o bien si su uso fundamental se relacionará con su integración a un proceso de producción o comercialización.

En algún antecedente jurisprudencial se hizo aplicación de lo expresado. Es decir, se tuvo en cuenta cuál era la finalidad principal que se le daba a la cosa y se aplicó la Ley. Se trataba puntualmente de una persona que adquirió una camioneta utilitaria destinada tanto al ejercicio de su actividad industrial como al uso personal. (Cám. Nac. Com., Sala B, autos “Rosalino Cándido Medina González c. Peugeot

Citröen Argentina S.A. y otro”, 29/12/2005).

c. Inexistencia de ánimo de lucro. Si existe dicho afán no se estaría ante una relación de consumo, como ocurriría, por ejemplo, si una persona que no tiene actividad habitual de comerciante (que sería consumidor conforme al criterio de habitualidad), compra un solo auto con el ánimo de revenderlo.

Sin perjuicio de lo establecido mediante esta regla, consideramos que aún en situaciones en donde esté ausente el afán de lucro puede generarse algunos titubeos. Es decir: ¿es dable predicar que en estos supuestos sería aplicable siempre la Ley?

En un caso fallado por el Tribunal de San Isidro, Cám. Civ. y Com. , Sala 1ª, autos “Sociedad Escolar Alemana de Villa Ballester c. Ditada, Nicolás M. y otro”, 23/10/2008, se discutió sobre este tema. La actora era una asociación civil sin finalidad de lucro, en base a este carácter, invocó el amparo de las normas del Estatuto del Consumidor, el Tribunal rechazó la petición considerando que lo determinante para el encuadre en la Ley no era el afán de lucro, sino que el objeto de la contratación sea para consumo final, lo que no había ocurrido en este caso.

Asimismo, los magistrados recordaron que el concepto “empresa” no se identifica necesariamente con el “lucro” ni tampoco se restringe al campo de lo estrictamente mercantil. Se basaron para ello en una noción amplia de empresa, caracterizándola como una organización de recursos humanos y materiales, destinadas a la consecución de un proyecto.

3. Puede existir una “integración inmediata y total en el proceso productivo”. En este caso, al existir una sintonía total entre la finalidad de la empresa y el destino que se le dará al bien, no procede la aplicación del Estatuto del Consumidor. Sería el caso, verbigracia, de la adquisición de materia prima para elaborar el producto que luego se venderá al público.

Al único fin de ilustrar al lector, la jurisprudencia ha expresado que la adquisición de una máquina fotocopiadora para integrarla a una cadena de comercialización no permite la aplicación de la Ley, (CNCom., sala D, autos “De Pascale, I. c. Lardo, D. R. y otros”, 22/06/2006).

En otra reciente causa la Sala F de la Cámara Nacional en lo Comercial rechazó la invocación de la protección consumeril por parte de una sociedad comercial contra la cual se había iniciado ejecución prendaria, puesto que los fondos de la operación iban destinados a completar el precio de compra de maquinaria agrícola (que se integraba al

proceso de producción de la demandada) y que, sumado a su carácter de sociedad comercial, conducía inevitablemente a considerar excluida la invocación del Estatuto del Consumidor. En otras palabras, el préstamo de dinero no tenía como finalidad el consumo sino que fue integrado a un proceso productivo. Concretamente, la demandada había invocado el art. 36 LDC buscando contrarrestar el pacto de prórroga de la jurisdicción que se había celebrado a favor del acreedor. (CNCom., sala F, autos “Fideicomiso de Recuperación Crediticia Ley 12.726 c. Rodi Jorge y otro, s/ejecución prendaria”, 07/06/2011). Decisión similar tomó la misma Sala en varios casos, entre ellos los autos “Provincia Leasing SA c. Comercializadora Interprovincial SRL” (17/02/2011), donde los bienes dados en leasing fueron destinados a un proceso productivo por parte del demandado, lo que le impedía la invocación de la LDC.

4. En otros casos puede darse una integración mediata del bien al proceso productivo. Se trata de cosas que, aunque no se encuentran plenamente vinculadas al mismo, forman parte de la “base de soporte necesaria” para que la finalidad de la empresa se pueda efectivamente cumplir. Por ejemplo, los equipos telefónicos que se utilizan en las oficinas de una fábrica.

1.5 La reforma introducida por la ley 26.361. Sujetos de la relación de consumo. Noción profesional o proveedor.

El artículo de la ley 26.361 amplió la noción de consumidor tal como se hallaba incorporada al texto original de la ley 24.240.

La versión original al suministrar la definición de consumidores o usuarios, lo hacía sobre la base objetiva de quienes contrataban, por ejemplo, la adquisición o locación de bienes muebles o la prestación de servicio.

La ley 26.361 reproduce lo relativo a la adquisición de bienes, sin formular distinciones entre ellos y añade como novedad, lo relativo a la utilización de bienes o servicios. Acontece que la utilización de bienes o servicios no requiere necesariamente una contratación previa. El profesional es la contraparte del consumidor en la relación de consumo. Puede ser definido como una persona física o jurídica que actúa en el marco de una actividad habitual y organizada de producción y distribución de bienes o de prestación de servicios. Se trata de un concepto multidireccional: el profesional es

generalmente un comerciante, puede también serlo un industrial, un artesano, o un profesional liberal. Puede ser una persona física o jurídica. El criterio decisivo reside en el carácter habitual y lucrativo de la actividad ejercida en el marco de una organización gracias a la cual suministra una apariencia de eficacia y de competencia. Es en esta superioridad, tanto material como intelectual, de donde surgen los derechos específicos para su contraparte (el consumidor) que constituyen obligaciones para el profesional. La actividad del profesional puede ser la principal o una accesorio.

Se ha planteado si las personas de derecho público podrían ser asimiladas a profesionales, adquiriendo el usuario la calidad de consumidor. La respuesta es positiva en lo que concierne a los servicios públicos con carácter industrial o comercial, tradicionalmente sometidos en sus relaciones con los usuarios y la competencia judicial.

Las incorporaciones que acuñó la ley 26.361, que modifica la ley 24.240; la noción de consumidor se extiende a quien: a) sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes de su grupo familiar o social, y a quien b) de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

Se trata de dos especies de una categoría referida a consumidores equiparados:

“En ocasión de una relación de consumo”, como una razonable relación entre el consumo y la adquisición o utilización de bienes y servicios como destinatario final, todo ello integrado con la relación de causalidad entre ambos puntos de referencia. A esta interpretación es factible llegar por vía analógica a la alcanzada en materia de responsabilidad por el hecho del dependiente (Pizarro, Vallespinos, 2008).

La frase se considera 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...” evoca el logrado objetivo del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, consistente de extender la noción de consumidor.

A su vez el artículo 17, relativo a la reparación por daños causados a los consumidores por defectos relativos a prestaciones de servicios como informaciones insuficientes o inadecuadas, equipara la figura del consumidor con todas las víctimas del evento, basta con ser víctimas de un producto o servicio para ser privilegiado con la posición del consumidor legalmente protegido por las normas de responsabilidad objetiva por el hecho de productos defectuosos.

La ley 26.361 alteró el contenido de las caracterizaciones del “consumidor” y

del “proveedor” que se encontraban presentes en el texto original de la Ley.

Si bien se mantiene el criterio teleológico para escoger a quienes se puede considerar consumidores o usuarios, con respecto al tema que nos ocupa, es decir, permitir a las empresas invocar la protección de la Ley, la posibilidad ha tomado algo más de fuerza. Por ejemplo, basándonos en el segundo párrafo del artículo 1^o, una empresa no necesita haber contratado efectivamente a un proveedor para invocar la protección de la ley, se puede dar el caso de que el bien haya sido adquirido por una compañía para el consumo final de una fundación que forma parte del mismo grupo de aquella, pero que no contrató efectivamente con el proveedor. En dicho caso, se podría alegar que esa fundación estaría habilitada para solicitar su aplicación.

Rusconi (2008), expresa que no solo se deberá demostrar que la cosa no se encuentra destinada a ser incorporada a la actividad comercial o productiva del empresario, sino también que la adquisición del bien se realizó fuera de la esfera de la actividad profesional de aquél. Agrega que, de lo contrario, se puede desvirtuar el sistema legal, extendiéndose el amparo a supuestos que choquen contra la protección que se le debe brindar al débil.

Desde otra perspectiva, la jurisprudencia tiene dicho que se puede admitir el carácter de usuario o consumidor de la persona jurídica, cuando pese a que los bienes o servicios son adquiridos dentro del ámbito de la actividad de la empresa, ellos no se relacionan ni directa ni indirectamente con el objeto propio de aquella. CNCom., sala C, autos “Tacco Calpini SA c. Renault Argentina SA y otro”, 06/03/2009 es dable advertir que el rodado que adquirió la sociedad no tuvo como destino principal el que sea utilizado para procesos de producción o de comercialización. Véase que la adquisición del rodado modelo Laguna Privilege II no integró el proceso productivo de la empresa que consistía en compra, venta, comisión, representación, consignación, importación, exportación, industrialización, fabricación, elaboración y distribución de equipos de computación, programas para computación, software, máquinas de oficinas, telecomunicaciones, productos afines y sus partes, repuestos y accesorios. Por lo expuesto, habida cuenta que Tacco Calpini S.A. reviste el carácter de consumidor en los términos de la ley 24.240.

Luis Crovi (2009), manifiesta que normativamente sería aconsejable proteger al

⁶ El segundo párr. del art. 1^o expresa que “Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

“débil”, independientemente de que este sea empresa o persona física. Expresa que “la pequeña empresa debería verse beneficiada por la aplicación de normas sobre cláusulas abusivas cuando se ve obligada a ceder a las imposiciones de grandes corporaciones”. Esta tesis no es compartida por todos. Se ha dicho, en sentido contrario, que el espíritu de la LDC es proteger a las personas físicas y no a las jurídicas (CNCom., sala D, autos “Sierra Gas SA c. EG3 SA”, 18/12/2006). La posición de este último autor se compatibiliza bastante con la postura adoptada por lo que era entonces proyecto de reforma a la ley 24.240 y que fue “podado” en alguna medida al sancionarse la Ley N° 26.361. En efecto, en el artículo 2° del citado proyecto, se incluía dentro del ámbito de protección a las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas previstas en la ley 25.300.

Un parecer, sin querer emitir dictamen, desearía que se protegiera también a las empresas débiles aun cuando no adquieran para consumo final, lo cierto es que el texto normativo actual no admite ni siquiera remotamente esta posibilidad.

Cabe destacar que, dentro del derecho comparado, esta tendencia de incluir a la empresa como un consumidor más, no es uniforme. Si bien en Sudamérica y por citar a El Código del Consumidor de Brasil se refiere, por ejemplo en su art. 2° a “personas físicas o jurídicas”, se exhibe una idea similar a la plasmada en Argentina, en Europa, verbigracia, la normativa comunitaria circunscribe el concepto a la persona física, la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (art. 2.b) y la Directiva 98/6 CE relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (art. 2.e). Cabe aclarar que en esto el derecho comunitario funciona como un piso mínimo, pudiendo los Estados miembros hacer más extensivo dicho concepto de consumidor (Francia, verbigracia, permite la inclusión de las personas jurídicas).

1.4 Pautas interpretativas.

Los diversos elementos que valorados de manera desigual por la doctrina, han motivado diferentes enfoques entre ellos son:

1) Destino final. Hace referencia al hecho objetivo que supone retirar al producto del mercado, lo que es igual al fin de la vida económica del bien o su salida

de la cadena de valor (destinatario final fáctico).

2) Beneficio propio. Pone el acento en lo subjetivo: el uso privado, doméstico o no profesional del bien (destinatario final económico).

3) Vulnerabilidad. Se identifica con la debilidad o suficiencia del consumidor, que puede ser económica, técnica, jurídica, informativa o material; e implica un desequilibrio entre las partes de la relación de consumo que merece ser atendido.

Fulvio Santarelli (2007) afirma: “por un lado la figura del consumidor, quien adquiere para sí los bienes y servicios, retirándolos de la vida económica, ya que lo adquirido es retirado de la cadena de valor. En el otro grupo se ubican todos los participantes de la cadena de elaboración y comercialización, desde el originador del producto hasta el último minorista que contacta con el consumidor... Los extremos señalados no son otros que la representación de la conjunción contractual de la “profesionalidad” con los “profanos” que caracteriza a este sector de los contratos”.

En dicho sentido, y haciendo un uso distinto de esas herramientas, se han esgrimido varias teorías para delimitar los conceptos de consumidor y de proveedor:

1.6. a) Finalista, teleológica o subjetiva (concepto económico). Hace hincapié en el criterio del uso no profesional del bien, que no debe interpretarse como totalmente desvinculado del concepto de destino final sino como condicionante del mismo o real agotamiento del bien en el mercado. Por ello, niega el carácter de consumidor aun cuando lo adquirido tenga una relación indirecta con la cadena de producción o comercialización de la persona. A su vez, incorpora la noción de hiposuficiencia o vulnerabilidad (informativa, negocial, etc.).

1.6. b) Maximalista u objetiva (concepto jurídico). Tiene en cuenta como elemento definitorio de la categoría de consumidor la salida del producto del circuito económico. A diferencia del enfoque anterior, no importa la cuestión del uso que se le quiera dar —privado o profesional— ni la debilidad frente al proveedor; y únicamente se excluye el supuesto en que el bien es utilizado en forma directa en la cadena de producción.

En esta posición se enrola Federico Álvarez Larrondo (2008) expresando que “el único elemento que hoy permite determinar quién es consumidor y quien no lo es, es el de ser o no ser ‘destinatario final’. De tal manera, observamos que la nueva ley se ha alineado al concepto maximalista de nuestra Constitución Nacional, que concibe al

Derecho de Consumo no como un régimen tutelar del débil jurídico, sino como una herramienta reguladora del mercado, y de allí la amplitud que debe guiar la interpretación de cada caso”.

1.6. c) Mixta o subjetiva-relacional. Aquí el eje central del sistema tutelar de la Ley es la vulnerabilidad del sujeto protegido.

- el derecho del consumidor es un orden protectivo especial que no regula “el mercado” o “el consumo” sino que brinda protección a las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en él en condiciones de vulnerabilidad;

- la vulnerabilidad del consumidor puede ser económica, técnica, jurídica, informativa, o material;

- la vulnerabilidad es un “estado” que en algunos casos, se presume y en otras situaciones, es producto de las circunstancias del caso;

- el carácter de consumidor se presume siempre respecto de las personas físicas y de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, mientras que esa presunción no opera respecto de comerciantes o las empresas;

- el carácter de consumidor puede presumirse respecto de comerciantes o empresas cuando intervienen en operaciones realizadas fuera del ámbito de su actividad profesional habitual;

- los comerciantes y las empresas, para ser consumidores, no deben adquirir o utilizar el bien como insumo directo de su actividad productiva o comercial;

- en algunos supuestos excepcionales, puede considerarse consumidor al comerciante o empresario que adquiere insumos para su actividad profesional en situación de vulnerabilidad material, ya sea porque se trate de un bien escaso, esencial, insustituible, comercializado en condiciones monopólicas o mediante una operación particularmente compleja, entre otras posibles situaciones; incluso podrán serlo cuando se encuentran expuestos a prácticas comerciales anticompetitivas o abusivas que impliquen un extraordinario sometimiento, aun respecto de otros sujetos profesionales” (Rusconi, 2009).

Santarelli (2007) sostiene que debe distinguirse el supuesto de protección para el empresario débil de la propia del consumidor y descartar el recurso a la analogía de situaciones, tratándose en aquel la relación de desequilibrio entre profesionales (ámbito excluido de la Ley) por abuso de posición dominante, con notas diferenciales que hacen impropia la extensión sin más de soluciones; máxime si consideramos que la

injusticia contractual es el género y la relación de consumo, una de sus especies (Picasso y Vázquez Ferreyra, 2009).

El carácter de “no profesionalidad” muta en no profesionalidad relevante cuando nos centramos en las empresas, donde es menester precisar (de la manera posible) si su actuación sea encuentra fuera del ámbito de su especialidad o explotación habitual. De esta manera, se podría llegar a afirmar que pueden realizar además de actos de comercio, actos de consumo.

No obstante lo dicho, debe tenerse en cuenta también la dimensión o envergadura de la empresa consumidora pues puede suceder que su capacidad de compra y su fuerza económica permita negociar con los proveedores en igualdad de condiciones, compensando así la falta de conocimiento técnico específico (Junyent Bas y Garzino, 2011).

En estos últimos casos es particularmente compleja la solución puesto que el desequilibrio negocial no se torna tan ostensible, dificultando visualizar el acierto (o no) de aplicar la Ley de Defensa del Consumidor.

1.7 Interpretación de Cláusulas abusivas en la Locación de inmuebles.

A diferencia de otros contratos modernos, nacidos en los últimos cincuenta años el de locación tiene una detallada regulación en el ordenamiento civil argentino. La cambiante realidad económica hizo necesario legislar algunos tópicos en forma temporaria a modo de solucionar los problemas que se suscitan en la locación de inmuebles urbanos.

Cada día es más corriente que sean las empresas locatarias las que imponen sus condiciones cuando negocian el alquiler de un local ubicado frente a calles o avenidas de flujo peatonal asegurado, son los locatarios quienes fijan plazos de locación, acuerdos sobre garantías y depósitos, etc. Suele decirse en el mercado que en la actualidad el locador es generalmente la parte más débil.

Tópicos: situaciones que pueden ser abusivas y dar lugar a la invalidez o ineficacia, son ineficaces las cláusulas que restrinjan o nieguen responsabilidad del locador por daños causados al locatario por vicios graves de la cosa, aunque el locador no los conociera o fuesen sobrevivientes a la celebración del contrato.

El derecho de locación de cosas implica básicamente dos obligaciones y

correlativos derechos en locador y locatario: ceder el uso y goce de la cosa, mediante el cobro de una suma de dinero, que, desde el punto de vista del inquilino, son el derecho a usar y gozar la cosa y pagar el canon pactado.

Aunque el locador y locatario no hubieran pensado en la regulación particular de ciertos aspectos de la convención, la ley integra al contrato de locación algunas normas imperativas que son consecuencia del orden público y otras normas no imperativas que pueden ser dejadas de lado. También integran el contrato de locación el plexo normativo legal del Código Civil que regla que a falta de previsión particular limitativa expresa las relaciones entre sujetos que contratan en la órbita civil.

Así es que en el supuesto en que nos encontremos frente a una persona jurídica que es parte en un contrato de locación ya sea como locador o locatario, le son aplicables los artículos establecidos en el Código Civil a partir del artículo 30 que es donde hace mención a las personas jurídicas, estas son susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, y de igual manera le es aplicable la Ley de Locaciones Urbanas, y el articulado del Código Civil desde el 1493 y siguientes que regula el contrato de locación.

La ley argentina de Defensa del Consumidor establece que “se consideran consumidores o usuarios, las persona físicas o jurídicas...”; lo que significa que se ha optado por un criterio amplio, sin formular ningún tipo de distinciones entre individuos y personas jurídicas, ni dentro de estas últimas, entre distintas especies, ni siquiera excluyente expresamente a las empresas, ni que se distingue entre grandes, medianas o pequeñas, según la cantidad de personal que ocupen.

En relación con el consumidor, persona jurídica admitida como tal por la ley argentina, es el consumidor final, el que se halla situado en el último tramo del circuito económico. Las partes intervinientes en el contrato de locación: locador y locatario. Nuestra legislación define como locador al grupo de persona que detenta más de una propiedad inmueble y quiere y quiere obtener una renta por el uso que cederá sobre estos bienes y locataria las personas que demandan con necesidad y urgencia la provisión de inmuebles para ocupar una demanda que por una parte es consecuencia directa de su poder adquisitivo, en la mayoría de los casos, la cual impide el acceso a una vivienda propia, y en otro responde a una necesidad comercial o industrial de expandirse o colocar el negocio en cuestión en una zona más favorable o rentable a tales fines. Es acá en donde debe intervenir el Estado advirtiendo la necesidad en este

negocio jurídico para poder asegurar los derechos de ambas partes, independientemente de si estamos frente a una persona jurídica o física, sino que teniendo en miras que se establezca una relación contractual justa y equitativa tanto para el locador como para el locatario, tal es la razón por la que ley de defensa del consumidor equipara a las personas jurídicas a las físicas, requiriendo solamente que estas lo hagan como consumidores finales en la relación contractual.

También otro tópico es el principio básico incluido en cualquier relación entre partes como es el de buena fe. Es inherente a todo vínculo contractual y aparece inmerso en el texto del artículo 1198 del Código Civil como piedra basal interpretativa acerca de los alcances de los pactos, el principio de buena fe en la contratación genera una obligación de garantía o de seguridad, es menester analizar en la concreta situación si el contenido es una obligación de medio, prudencia o diligencia, o si por el contrario, es lisa y llanamente de resultado, la del locador por daños causados al inquilino por vicios de la cosa locada es una obligación de resultado. Implica la existencia de responsabilidad objetiva, la ley obliga al locador a responder por los vicios o defectos graves de la cosa arrendada que impidan su uso, aunque no los hubiera conocido, por las mismas razones es abusiva la estipulación que pone en cabeza del locatario el resarcimiento de daños causados por vicios o defectos de la cosa a terceros, sin culpa del inquilino. Sin embargo es contraria a la buena fe la cláusula que indica que el locatario ha visitado el inmueble y que está en perfecto estado de aseo y conservación, cuando es mendaz.

Las cláusulas derogatorias o modificatorias abusivamente de la competencia judicial son ineficaces teniendo en consideración las circunstancias del caso. Si bien la competencia territorial es prorrogable cuando esa traslación conlleva colocar a la parte débil del contrato en situación de inferioridad, menguando, dificultando o imposibilitando de hecho el amparo de la jurisdicción, la cláusula es ineficaz. El ejemplo dado sería el caso de que quien tenga que verse en la necesidad de acudir a buscar asesoramiento a grandes distancias, con mayor costo de tiempo y dinero y no esté en condiciones de afrontarlo y sea la persona física que actúa como consumidor final frente a la persona jurídica que ostente la parte más fuerte en la relación locativa. Son también abusivas y sin valor alguno los convenios de desocupación celebrados en forma simultánea con el contrato de locación. La intención es evitar el aprovechamiento de la parte más fuerte en la relación contractual.

Sintetizando, para determinar si una cláusula es abusiva debe ser interpretada a la luz de los preceptos legales con criterio amplio y abarcativo del plexo legislativo en general. El criterio orientador en un contrato de locación independientemente de frente a qué tipo de persona tengamos como locador o locatario es siempre el de buena fe contractual.

1.8 Conclusiones.

En este último capítulo desarrollé la protección de la que gozan las personas jurídicas entendidas como consumidores finales en la relación de consumo. Hago un imaginario recuento histórico del antes y del después de la sanción de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, y luego el análisis de la reforma introducida con la ley 26.361 que amplía el concepto dado de sujetos en la relación de consumo. También defino que se entiende por destino final, beneficio propio y vulnerabilidad como pautas de interpretación y de cómo deben visualizarse en especial los contratos de locación de inmuebles.

CONCLUSION FINAL:

Considero que nuestro país carece de un Código del Consumo, que pueda tutelar de manera puntillosa los derechos de los usuarios y consumidores. Ante la ausencia de un Código, nuestra ley prevé que “las disposiciones de la 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 la ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

La ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240, se sanciona el 22 de septiembre de 1993 incorpora normas y soluciones: de protección, específicas, preventivas, colectivas y efectivas. Todo ello torna auspicioso el panorama de la protección jurídica del consumidor en Argentina, porque a partir de la vigencia de la ley se consolidan los tres primeros grados o niveles de evolución esperables del derecho del consumidor:

- Reconocimiento de los derechos de los consumidores.
- La adopción de soluciones sustanciales.
- Se establece un sistema instrumental de mecanismos de implementación, igualmente adecuado a esas normas de fondo y apropiado a las especificidades de las prerrogativas de los consumidores y al tipo de respuesta que ellas demandan.

Si a ellos se añade la integración de la nueva Ley de Defensa del Consumidor, Ley 26.361 junto a las normas generales antes vigentes (reglas del Código Civil, leyes de lealtad comercial, abastecimiento y defensa de la competencia, etc.), considero que se termina por colocar al Sistema argentino dentro del ámbito estrictamente legislativo, en un grado de evolución considerable del derecho del consumidor.

Asimismo, cuando la ley de Defensa del Consumidor habla de consumidores finales comprende dentro del concepto tanto a aquellas personas que son “destinatarias final de los bienes o servicios”, sin importar el título conforme al cual adquieren dichos bienes o utilizan servicios (oneroso o gratuito), ni tampoco si se trata de personas físicas o jurídicas, con la única exclusión de las personas jurídicas que adquieren bienes con el objeto de incorporarlos a la cadena productiva, ni el motivo por el cual deciden consumirlos, para su consumo propio o de su grupo familiar o social.

Con la modificación introducida por ley 26361 se amplió el concepto de consumidor comprendiendo a los sub-adquirientes de bienes y servicios y a todas aquellas personas que si bien se encuentran fuera de la relación de consumo(por

encontrarse en una etapa precontractual o por estar “expuestos” a una relación de consumo) podrían llegar a verse perjudicados por la misma.

Ley de Defensa del Consumidor incorpora a las personas jurídicas dentro de su ámbito, y a fin de decidir cuándo es plausible su aplicación, individualizamos en el trabajo desarrollado tres elementos considerados por la doctrina a la cual adhiero para definir la categoría jurídica de consumidor, que son: “destino final”, “beneficio propio” y/o “vulnerabilidad”.

1) Destino final. Hace referencia al hecho objetivo que supone retirar al producto del mercado, lo que es igual al fin de la vida económica del bien o su salida de la cadena de valor (destinatario final fáctico).

2) Beneficio propio. Pone el acento en lo subjetivo: el uso privado, doméstico o no profesional del bien (destinatario final económico).

3) Vulnerabilidad. Se identifica con la debilidad o hiposuficiencia del consumidor, que puede ser económica, técnica, jurídica, informativa o material; e implica un desequilibrio entre las partes de la relación de consumo que merece ser atendido.

Y según donde sea ubicado su eje central, se desarrollaron 3 teorías:

- Finalista, teleológica o subjetiva: beneficio propio (concepto económico). Hace hincapié en el criterio del uso no profesional del bien, que no debe interpretarse como totalmente desvinculado del concepto de destino final sino como condicionante del mismo o real agotamiento del bien en el mercado. Por ello, niega el carácter de consumidor aun cuando lo adquirido tenga una relación indirecta con la cadena de producción o comercialización de la persona. A su vez, incorpora la noción de hiposuficiencia o vulnerabilidad (informativa, negocial, etc.).

- b) Maximalista u objetiva: destino final (concepto jurídico). Tiene en cuenta como elemento definatorio de la categoría de consumidor la salida del producto del circuito económico. A diferencia del enfoque anterior, no importa la cuestión del uso que se le quiera dar (privado o profesional) ni la debilidad frente al proveedor; y únicamente se excluye el supuesto en que el bien es utilizado en forma directa en la cadena de producción. En esta posición se enrola Federico Álvarez Larrondo expresando que “el único elemento que hoy permite determinar quién es consumidor y quien no lo es, es el de ser o no ser ‘destinatario final’.

- Mixta o subjetiva-relacional: el eje central del sistema tutelar de la Ley es la vulnerabilidad del sujeto protegido.

Luego del análisis del tema comparto la visión finalista, teológica o subjetiva, porque creo que es la que respeta los términos en que fuera concebida la ley 24.240, la que tiene en miras lo querido por el legislador, y que se mantienen invariables luego de la reforma introducida con la ley 26.361.

Aun cuando la Ley se orienta a nivelar un estado de desequilibrio entre los polos de la relación de consumo (consumidores-profesionales), y que esta condición puede darse también entre proveedores, considero un exceso extender su aplicación a los supuestos del empresario débil, aunque reconozco que éste merece una tutela diferenciada.

Se puede admitir el carácter de usuario o consumidor de la persona jurídica, cuando pese a que los bienes o servicios son adquiridos dentro del ámbito de la actividad de la empresa, ellos no se relacionan ni directa ni indirectamente con el objeto propio de aquella; ir más allá es hacerle decir a la ley lo que la ley no dice.

Las directivas deben ser objetivas y concretas por su finalidad, y no darle un tinte subjetivo por lo que el sujeto entiende que es o desea, además, más allá de manifestarme respetuoso del ordenamiento jurídico vigente evitando realizar interpretaciones que puedan distorsionarlo, puedo expresar que el hecho de que pequeñas empresas intenten reclamar algún medio de tutela más efectivo de los que actualmente disponen (en nuestro caso concreto la Ley) evidencia la necesidad de que las mismas cuenten con normas adecuadas (que hoy en día resultan escasas) que permitan “disimular” (cuanto menos) los graves desequilibrios de poder en la relación entre una empresa “grande” y una “pequeña”, sometida muchas veces a los arbitrios de aquélla.

Nuestro ordenamiento jurídico protege a los consumidores o usuarios de bienes y servicios inmersos en una relación de consumo, así como también a todas aquellas personas que se ven expuestos a una relación de consumo, o que pueden resultar potencialmente afectados por ella y a los que sin ser parte se ven expuestos a sufrir un daño derivado de la misma o a quienes resultan efectivamente afectados.

En determinadas circunstancias las personas jurídicas, empresas o sociedades, pueden ser consideradas “consumidores”, siempre y cuando la adquisición sea a título

de destinatario final y no se relacione con el ciclo productivo o con el objeto social que desarrollan.

Es recomendable ser cautelosos al momento de determinar si una persona merece el calificativo de consumidor o no, porque de lo contrario se corre el riesgo de considerar “consumidor o usuario” a toda clase de sujetos. Creo que la solución no es incorporar a un mayor número de personas, sino garantizarles a los sujetos comprendidos en dicho concepto una adecuada tutela de sus derechos, que proteja y ampare todos sus intereses legítimos.

Concluyendo, puedo afirmar por lo expuesto en esta investigación que se han establecido los argumentos jurídicos que permiten justificar cuál es la solución interpretativa correcta frente al problema de exégesis que genera la normativa bajo análisis propuesta.

BIBLIOGRAFIA

- Acuña Anzorena, A, “La ilicitud. Delitos y cuasidelitos”, en Estudios sobre la responsabilidad civil platense, La Plata, 1963.
- Alicia Arce de León, Alicia Luque Moreno, Carmen y Aza Cornejo, María de Jesús, “Derecho de Consumo” Editorial Fórum, Oviedo 1995.
- Alterini, Atilio,” El consumidor en la sociedad postmoderna”, la ley, 1996-E, 818.
- Alpa, Guido, “Responsabilita dell impesa e tutela del consumatore”, 1975.
- Álvarez Larrondo, Federico, “cláusulas abusivas 2”, Juris, 2000.
- Álvarez Larrondo, Federico, “El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el Derecho del Consumo”, publicado en Sup. Esp. “Reforma de la ley de defensa del consumidor”, La Ley, (abril de 2008).
- Arcagni, Juan C. “El contrato en el common law”, Stiglitz, Rubén S. “Contratos teoría general”, Depalma, Bs.As., 1990.
- Benjamín, Antonio, “El derecho del consumidor”, J.A., nro. 5830,26/5/1993.
- Benjamín, Antonio, “Derecho del Consumidor”, en “Defensa de los consumidores de productos y servicios”, Stiglitz, G. (director), La Rocca, Bs. As. 1.994.
- Bercovitz, Rodríguez-Cano A.,” la protección de los consumidores”,1984.
- Bercovitz, R. Salas, J. (Coords.) “Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”, Civitas, Madrid, 1992.
- Best j.w. “Como investigar en educación”, Morata, 1970.
- Boffi, Boggero “Aspectos de la nulidad del acto jurídico en el Código Civil argentino”, en est. jurídicos, Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1960.
- Bourgoignie, Thierry, “Elements pour une theorie du droit de la consommation”, Story-Scientia, Bruxelles, nro. 65, 1988.
- Bourgoignie, Thierry. *Página web de la Asociación de abogados de Buenos Aires.* <http://www.aaba.org.ar> -ponencia 34- “La llamada tutela inhibitoria contra daños en la Ley de Defensa del Consumidor” Claudio Fabricio Leiva, 2002.
- Calais-Auloy Jean, “Droit de la consommation”, Paris, Dalloz, 1992.
- Cappelletti, Mauro, “Appunti per una fenomenología della giustizia nel XX secolo, en revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, 1978, nro., 4, ps. 1383 y ss.
- Covi, Luis D., “La protección al empresario consumidor en el contrato de leasing”, SJA, 5/8/2009.

- Chamatrópulos, D., "Los Daños Punitivos en la Argentina", Errepar, Bs.As, 2009.
- De cupis, Adriano, "El daño", Boch, Barcelona, 1975.
- Denti Vittorio, "La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño", Jus, nro. 34, La Plata, 1983.
- Directiva 93/13 y 98/6 de la Comunidad Económica Europea.
- Díez-Picazo Luis, "Fundamentos del derecho civil patrimonial", Civitas, Madrid, 1972.
- Díez-Picazo Luis, "Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado", Civitas, Madrid, 1979.
- Díez-Picazo, Luis, "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico", ADC, Madrid, Nro. 2, octubre- diciembre, 1961.
- Farina, Juan M, "Defensa del consumidor y del usuario", Ed. Astrea, 3ra. Edición actualizada y ampliada, Bs.As., 2004.
- Fernández, Raymundo L., Gómez L., Osvaldo R. y Aicega, María Valentina," Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial", 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, t. II-B, Lexis N° 9212/001274.
- Ferrier, Didier, "La Protection des consommateurs", Dalloz, Paris, 1996.
- Font Galant, Juan I., "La protección de los consumidores en el derecho privado: del viejo derecho de los comerciantes al nuevo derecho de los consumidores", en Curso sobre el nuevo derecho del consumidor, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1990.
- Fourgoux, J.C., Mihailov, M. V., "Principes et pratique du droit de la consommation", Delmas, Paris, 1979.
- Gasperi, L.- Morello, A. M., "Tratado de derecho civil Obligaciones", T,I, TEA, Buenos Aires, 1964.
- Grau, Eros R., "Elementos de derecho Económico", Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1981.
- Gómez Segade, José, A., "Notas sobre el derecho de información del consumidor", en revista jurídica de Catalunya, Barcelona, nro. 3, 1980.
- Junyent Bas, Francisco y Garzino, María Constanza, "La categoría jurídica de consumidor, en especial con relación a las personas jurídicas", Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año II, N° 5, octubre 2011.
- Ley de Defensa del Consumidor 24.240.
- Ley de Defensa del Consumidor 26.361.
- Ley de defensa de los consumidores y usuarios española 26/1984.

- Ley 98078 Código de Defensa del consumidor de Brasil.
- Ley 24/96 de defensa del consumidor de Portugal.
- Limas Marques, Claudia, “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 1999.
- Lorenzetti, Ricardo L., “Consumidores”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003.
- Llambías, Jorge, J. “Tratado de derecho civil Parte General”, t. II, Perrot, Buenos Aires, 1975.
- Mayo, Jorge, “Sobre las denominadas obligaciones de seguridad”, en LA LEY, 1984-B, 950.
- Miquel González, J.M. “Comentarios a las normas de protección de los consumidores” Editorial Colex, España, 2011.
- Moeremans, Daniel E., “La sociedad comercial como sujeto protegido por la ley de defensa de los consumidores (24.240)”, LLNOA, 2005, 541; ídem, DJ, 2005-1, 1105.
- Morello Augusto M, “el abogado...” Astrea, 1969.
- Mosset Iturraspe Jorge y Ricardo Lorenzetti L., “Defensa del consumidor ley 24240”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.
- Mosset Iturraspe Jorge, “Justicia contractual”, Ediar, Buenos Aires, 1978.
- Nery Junior, Nelson, “Aspectos do processo civil no Código de Defesa do consumidor”, en direito do consumidor, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1991.
- Norbert, “Mercado y derecho”, A. Villanueva, centro Universitario, Barcelona, 1985.
- Picasso-Vázquez Ferreyra, “Ley de Defensa del Consumidor” comentada y anotada, Editorial La Ley, Tomo I y Tomo 2 parte especial, Buenos Aires, 2009.
- Pizarro, R. D., Vallespinos, C. G., “Instituciones de derecho privado. Obligaciones” T. 4, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- Puig Brutau, J. “Fundamentos del derecho civil”, t. II, VOL. I, Bosch, Barcelona, 1978.
- Reich Norbert “Mercado y derecho”, Barcelona, 1985.
- Ribas, Cistero, Juan, “Síntesis de la política de protección a los consumidores en los países de la OCDE y España”, en la sociedad de consumo y su futuro. El caso de España, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1978.
- Ruiz Muñoz M., “La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores”, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1993.
- Rusconi, Dante D. (Coordinador), “Manual de Derecho del Consumidor”, Abeledo Perrot, 1ª ed., Buenos Aires, 2009.

- Rusconi, Dante D., “La noción de “consumidor en la nueva ley de defensa del consumidor”, JA, 2008-II-1225.
- Santaella López, Manuel, “Los derechos de información y expresión de consumidores y usuarios”, Documentación jurídica, Madrid, 1978, nro. 18.
- Santarelli, Fulvio G., “La regulación del mercado a través del contrato. Una propuesta para la protección del empresario débil”, publicado en LA LEY, 2007-C, 1044 – LLP 2007 (agosto), 863.
- Sourdat, A., “Tratado General de la responsabilidad de la Acción de daños”, París, Imp. Marchal et Billard, 1887.
- Stiglitz Gabriel, “El derecho contractual y la protección jurídica del consumidor en América latina”, en Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1991, T., XLIV-III.
- Stiglitz Gabriel, “Derecho del consumidor”, vol. 6, Juris, Rosario, 1995.
- Stiglitz, Gabriel, “La defensa del consumidor en Argentina”, t. I, “30 años de derecho, sin políticas”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012.
- Stiglitz Gabriel, “Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios”, Juris, Rosario, 1997.
- Stiglitz Rubén, Stiglitz Gabriel “Derechos y defensa del consumidor”, Editorial La Rocca, Buenos Aires 1994.
- Stiglitz Rubén, Stiglitz Gabriel “Protección jurídica del consumidor”, 2da edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990.
- Stiglitz Rubén, Stiglitz Gabriel “Contratos por Adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor”, Editorial La Ley, 2 edición actualizada, Buenos Aires 2012.
- Stiglitz Rubén, “Contratos”. Teoría General, Vol.1, De Palma, Buenos Aires, 1990.
- Stiglitz, Rubén, “Contenido del contrato”, en Stiglitz, Rubén, Contratos. Teoría general, T.I. Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Tamayo y Tamayo, “El proceso de la investigación científica”, editorial Limusa, 2003.
- Tettemborn, M., “Le droit des consummateurs”, en Jolowicz, J.A, Droit anglais, Dalloz, Paris, 1986.
- Treitel, G.H., “The Law of contract”, Swet and Maxwell/ Stevens & Sons, London, 1991.
- Vasconcellos e Benjamín, Antonio H., “En Código Brasileiro do Consumidor”, Forense Universitaria, Rio/ Sao Paulo, 2004.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERSIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Empresarial Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista (<i>apellido/s y nombre/s completos</i>)	Berardi German Alejandro
DNI (<i>del autor-tesista</i>)	21.579.541
Título y subtítulo (<i>completos de la Tesis</i>)	Las Personas Jurídicas y la Ley de defensa del consumidor
Correo electrónico (<i>del autor-tesista</i>)	Gberardi10@yahoo.com
Unidad Académica (<i>donde se presentó la obra</i>)	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	Rosario, Santa Fe, 2014

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Empresarial Siglo 21 según el siguiente detalle:

<p>Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO)[1]</p>	<p>si</p>
<p>Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)</p>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Empresarial Siglo 21.

Lugar y fecha: Rosario, mayo de 2014

Firma

Aclaración

Esta secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
 _____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y
 registrada en esta dependencia.

Firma

aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.