



MARIO HECTOR ROMERO

DERECHOS DEL CONSUMIDOR

SU VIGENCIA EN EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.

ABOGACIA

RESUMEN

El consumidor, como sujeto de derecho, ha existido desde siempre, aunque se desconociera su existencia como tal, y aunque los ordenamientos legales no le hayan dado el lugar que el mismo debe tener en los sistemas de protección. No obstante ello, desde el desarrollo mismo de las primeras actividades comerciales, entendidas como tales aquellas que proponían intercambio de bienes y servicios entre dos sujetos distintos, comienza a participar en éstas en su rol de consumidor, sin siquiera advertir que de ello depende, en muchos casos, la pervivencia de industrias, comercios, al punto tal que, sin consumidor, no podrían existir las distintas actividades comerciales que se desarrollan en la sociedad.

A través de la propia evolución de la sociedad, y del avance de los sistemas legislativos, muchos de ellos comenzaron a reconocer en el consumidor distintos derechos que le protegen, propios de la misma relación de consumo.

A partir de mediados del siglo pasado, en varios países del mundo, la figura del consumidor es reconocida como tal, y los distintos sistemas legales, con altibajos, instrumentaron una serie de ordenamientos que propiciaban una protección efectiva del mismo en la relación de consumo.

En nuestro país, con la sanción de la Ley 24.240, y a partir de la reforma de la Constitución Nacional y de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, se advierten algunos cambios en la normativa protectoria del consumidor en la relación de consumo.

Este trabajo pretende clarificar en qué medida dichos cambios favorecen o no al consumidor, como la parte más débil en la relación jurídica, y cuál es el marco de soluciones que el mismo ordenamiento prevé ante dichos cambios.

PALABRAS CLAVES: Derecho de consumo. Consumidor. Consumidor expuesto. Formación del Consentimiento: Prácticas abusivas y Cláusulas abusivas. Información. Publicidad. Publicidad engañosa, comparativa y abusiva.

ABSTRACT

The consumer, as a subject of law, has always existed, even though its existence as such was unknown, and although the legal systems have not given it the place that it must have in the protection systems. Nevertheless, since the very beginning of the first commercial activities, understood as such those that proposed the exchange of goods and services between two different subjects, begins to participate in these in their role of consumer, without even realizing that it depends on it. Many cases, the survival of industries, shops, to the point where, without consumer, the different commercial activities that develop in society could not exist.

Through the very evolution of society and the advance of the legislative systems, many of them began to recognize in the consumer different rights that protect him, typical of the same relation of consumption.

Since the middle of last century, in several countries of the world, the figure of the consumer is recognized as such, and the different legal systems, with ups and downs, implemented a series of regulations that favored an effective protection of the same in the relation of consumption.

In our country, with the enactment of Law 24.240, and from the reform of the National Constitution and the entry into force of the new Civil and Commercial Code, some changes in the consumer protection regulations in the consumer relation are noticed.

This paper aims to clarify the extent to which these changes favor or disagree with the consumer, as the weakest part in the legal relationship, and what is the framework of solutions that the same order anticipates before such changes.

KEYWORDS: Consumer law. Consumer. Exposed consumer. Consent Formation: Abusive Practices and Abusive Clauses. Information. Advertising. Misleading, comparative and abusive advertising.

INDICE DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACION.

Resumen.....	2.
Abstract.....	3.
Introducción.....	6.
1. Capítulo 1: El derecho de consumo.	
1.1. El derecho de consumo. Orígenes y evolución.....	8.
1.2. Antecedentes en la legislación argentina.....	11.
1.3. Una visión en el Derecho comparado.....	13.
1.4. La sanción de la Ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor. El alcance del art. 42 de la Constitución Nacional.....	17.
2. Capítulo 2: La figura del Consumidor.	
2.1. El concepto de Consumidor en el derecho de consumo.....	20.
2.2. Del “buen padre de familia” en el Código de Vélez, al de “consumidor” en la ley especial.....	22.
2.3. El rol del “consumidor expuesto”.....	24.
2.4. Consecuencias de su exclusión en el Código Civil y Comercial.....	26.
3. Capítulo 3. Formación del consentimiento: Prácticas y cláusulas abusivas.	
3.1. Concepto de Prácticas abusivas y cláusulas abusivas.....	30.
3.2. Su tratamiento en la LDC y en el C.C. y C. de la Nación.....	33.
3.3. Su incidencia en las relaciones de consumo. Jurisprudencia.....	35.
3.4. Medidas de protección del consumidor ante su irrupción en la relación de consumo.....	39.
4. Capítulo 4. Información y Publicidad.	
4.1. Diferencias conceptuales.....	42.
4.2. El deber de información en la relación de consumo.....	44.
4.3. El ejercicio de la publicidad lícita.....	45.
4.4. Publicidad “engañosa”; “comparativa” y “abusiva”. Su inserción en el Código Civil y Comercial.....	47.

5. Capítulo 5. Vigencia de las normas protectorias en el Derecho de consumo.	
5.1. Los derechos del consumidor en el C.C. y Comercial de la Nación. ...	51.
5.2. Análisis comparativo con la Ley 24.240, y modificatorias.....	52.
5.3. Tutela del art. 42 de la Constitución Nacional. Su incidencia.....	54.
5.4. Sistema de Resolución de conflictos en las Relaciones de consumo.	
Ley 26993.....	56.
Conclusiones.....	59.
Bibliografía.....	66.

Introducción

Sin pretender realizar un revisionismo histórico profundo, debemos aceptar que el hombre, desde que se integró a una comunidad de iguales, se vio compelido a realizar acciones, que hoy podríamos definir como comerciales, a fin de procurarse no sólo los alimentos necesarios para su propia subsistencia y la de su grupo familiar, sino para la adquisición de todos aquellos elementos que le podrían brindar una mejor calidad de vida.

En la misma inteligencia se puede afirmar que ese sujeto, nominado como “comprador”, “adquirente” y hoy reconocido como “consumidor” se veía inserto en una relación comercial en la que, generalmente, resultaba perdidoso, o en inferioridad de condiciones frente al comerciante por varias razones. Entre ellas podemos remarcar el desconocimiento con relación a la calidad de lo ofrecido, el precio real de costo y si ese producto realmente iba a satisfacer sus verdaderas necesidades. Ante este cuadro de situación solo le quedaban dos caminos, a saber, o comprar lo que se le ofrecía o renunciar a adquirir el mismo.

Dicha realidad se tornaba aún más grave dado que el Estado, en cualquiera de sus formas, no le brindaba protección alguna, fundamentalmente porque los ordenamientos legales estaban orientados, en gran medida, a la protección del comerciante, lo cual lo colocaba en una situación de indefensión absoluta. Baste recordar que las teorías imperantes siempre giraban en torno a la preservación del comerciante, en desmedro del comprador.

Ya en épocas más actuales, en la década del 60 del siglo pasado, se produce un hecho de suma importancia, a partir del reconocimiento del comprador como “consumidor”, inserto en una relación de consumo, con motivo del discurso del entonces presidente de los EEUU, John F. Kennedy, ante el Congreso de su país, donde propicio la primera ley de defensa del consumidor, como sujeto de derecho, digno de tutela jurídica.

Este trabajo tiene como objetivo verificar si ese “comprador”, actualmente reconocido como “consumidor”, cuyo régimen de protección en su “relación de consumo” se encontraba regulado en la Ley 24.240 LDC y modificatorias, encuentra la misma tutela jurídica a la luz de las reformas introducidas en la ley especial, con motivo de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Al comenzar el desarrollo del tema propuesto, en el primer capítulo se tratará el surgimiento del derecho de consumo, sus orígenes y evolución; podremos verificar como, en nuestro país se fueron dictando distintas leyes que iban prefigurando la necesidad de la creación de un régimen específico. Los alcances de esa tutela en el derecho comparado, y la concreción de un régimen concreto con la sanción de la Ley 24240, Ley de Defensa del Consumidor, y el alcance constitucional a través del art. 42.

En el Capítulo 2 abordaremos la figura del consumidor; la transición de aquel “buen padre de familia” del Código de Vélez, al actual concepto en la ley especial; la importancia del consumidor expuesto y las consecuencias de su exclusión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En el siguiente trataremos la formación del consentimiento, la incidencia de las prácticas y cláusulas abusivas en esa etapa de la relación de consumo; de qué manera se presentan los ordenamientos legales que tienden a proteger al usuario ante la presencia de estas conductas.

Seguidamente nos referiremos a la problemática de la información y de la publicidad en la relación de consumo; su incidencia; y cuáles son las actividades prohibidas que la afectan, verificando el marco protectorio a favor del consumidor.

En el Capítulo 5 analizaremos la vigencia de las normas protectorias en el derecho de consumo; tanto las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, como las de la Ley 24240, Ley de Defensa del Consumidor, y modificatorias y la protección constitucional del Art. 42.

Finalmente desarrollaremos las conclusiones a las que se arribe con el presente trabajo, el cual pretende determinar si aquellos derechos tutelados en la Ley de Defensa del Consumidor, con protección constitucional, se sostienen en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y, caso contrario, de qué manera el propio ordenamiento jurídico vigente puede aportar algún grado de solución ante una eventual situación de vulnerabilidad o indefensión.

Capítulo 1: El derecho de consumo.

1.1 El Derecho de consumo: Origen y evolución.

El consumidor, como tal, ha existido desde siempre; desde el comienzo mismo de su existencia el hombre se ve en la necesidad de consumir. En un primer momento ese consumo se verificaba en la obtención por sus propios medios de todos aquellos alimentos y elementos necesarios para su subsistencia y mejor calidad de vida. El hombre se bastaba a sí mismo, se autoabastecía, era autosuficiente. Ello no representaba actividad comercial alguna, entendida como intercambio de bienes y servicios entre, al menos, dos individuos distintos.

En el derecho romano se encuentran los antecedentes más remotos; en el mismo se verifican varias disposiciones orientadas a la protección del comprador de buena fe frente a los posibles engaños del vendedor con respecto a la calidad de la cosa o ante la existencia de defectos ocultos y una marcada limitación a prácticas usurarias.(Alterini, Atilio. 2009, p.4).

En ese sentido baste recordar la aplicación de las reglas de “*contra stipulatorem*”, propia de la contratación bajo la modalidad de la “*estipulatio*”, como forma adhesiva, principio que el Digesto determina en caso de duda “*verba contra stipulatorem imninterpretanda sunt*”, es decir: “las palabras se interpretan contra lo estipulado” (Lorenzetti, 2009, p.14).

En el mismo sentido, la interpretación de la regla de “*favor debitoris*”, aplicable a supuestos dudosos; son innumerables las referencias existentes en el Digesto, sobre cuestiones tales como solución más benigna, interpretación favorable al comprador, liberación de la obligación reducción de la deuda, etc. (Conf. Álvarez, Mirta “Del favor debitoris en el Derecho Romano a la protección de la parte más débil. Su origen y recepción” www.edictum.com.ar)

En el transcurso de la Edad Media, tratando de seguir cierto orden cronológico, se produce el surgimiento del Derecho comercial. Ahora bien, debe dejarse en claro que ese primigenio Derecho Comercial estaba orientado en forma exclusiva al tráfico de mercancías entre comerciantes, es decir, en orden a esa sola categoría de sujetos, dirigida a dicha actividad profesional, sin tener en cuenta al adquirente como sujeto individual.

Sin mayores rodeos debe decirse que no se consideraba al comprador o adquirente como merecedor de protección legal alguna.

En los países anglosajones, en el Derecho común inglés del siglo XVII, imperaba la doctrina del “*caveat emptor*”, frase en latín que se puede traducir como “*cuidado por parte del comprador*” o “*el comprador asume el riesgo*”. En la misma se establecía que en la formación e interpretación de los contratos, era lógico y natural que el empresario tratara de obtener ventajas del consumidor; si este no utilizaba el sentido común para evitarlo, entonces no debía quejarse. El sistema normativo solo tendía a la protección del comerciante.

En definitiva, esta regla suponía que cada quien es el guardián de sus propios intereses, por lo que no se consideraba necesario una protección especial en la relación comercial.

Ya en el Código de Napoleón, la problemática jurídica del consumidor, en cuanto a su protección, se basaba en la noción de libertad contractual. En dicho ordenamiento se sienta el principio “*pacta sunt servanda*”, término latino atribuido al jurista Ulpiano en el Digesto, que significa “*que los acuerdos entre partes deben cumplirse*”.

En el derecho occidental moderno se arraigan aquellos principios que datan de la Revolución Francesa. Así, si a todos los hombres se los consideraba libres e iguales, era lógico sostener que la contratación se rigiera por el principio de autonomía de la voluntad, con lo cual el contrato era ley para las partes. Téngase presente que aún no nos encontramos en la llamada “*sociedad de consumo*”, por lo cual la contratación no era una actividad usual entre las partes.

Así las cosas es dable observar que en esta época, la relación de consumo, se verificaba en un marco de completa desigualdad. El individualismo asociado al principio de no intervención del Estado, aplicados a la relación de consumo dio origen a la “Teoría del libre mercado y el consumidor individual” (Bourgoignie, 1993). Esta teoría establece que tanto el empresario como el consumidor se encontraban en igualdad de condiciones, considerando que la relación se generaba en un mercado libre, el cual se regía por las reglas de la oferta y la demanda. La propia realidad se encargó de demostrar que esto era una falacia, toda vez que el consumidor siempre resultaba perdedor en la relación comercial.

Ya en épocas más actuales, y con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, al verificarse una situación de paz con visos de permanencia, se producen importantes avances tecnológicos, mayor población mundial con el consecuente crecimiento de mano de obra, lo que produce un incremento notable en la producción de las distintas actividades industriales. A ello se suma el desarrollo económico de muchos países industrializados, con un creciente poder adquisitivo de importantes sectores sociales, los que acceden en forma notable a la adquisición de productos cada vez más sofisticados, que aportaban mayor calidad de vida, dando origen a la llamada “*sociedad de consumo*”. Por ello conceptos tales como “*consumidor*” y “*consumo*”, connaturales de mercado, recién comienzan a desarrollarse en los años del 60 del siglo pasado. Ello obedece a que hasta ese entonces imperaban ciertas doctrinas que suponían obstáculos ciertamente insalvables para el reconocimiento de los derechos del consumidor.

El día 15 de marzo de 1962, el entonces presidente de los EEUU, Jhon F. Kennedy, en un célebre y recordado discurso en el congreso de su país, enumeró como “derechos fundamentales de los consumidores la seguridad en el consumo de productos, la información, la libre elección y la representatividad de los consumidores”, al propiciar la primera Ley de Defensa del Consumidor. (Truscello, P., 2013). Sin duda alguna que este hecho fue el disparador para que, las legislaciones del mundo entero fueran adecuando sus ordenamientos tuitivos estableciendo, de alguna manera, el certificado de nacimiento de esta disciplina, cual es el “Derecho de consumo” o derecho del consumidor.

Asimismo esto motivó que los movimientos de consumidores del mundo coincidieran en recordar el evento, estableciendo el “World Consumer Rights Day”, o “Día Mundial de los Derechos del Consumidor”, jornada durante la cual destacan acciones de concientización y solidaridad, remarcando los derechos que les son propios.

Tal fue el valor que se le dio a esta iniciativa que en el año 1.983 las Naciones Unidas, en sus “Directrices para la Protección del Consumidor”, estipula que todos los ciudadanos, sin distinción de sus ingresos u origen social, tienen ciertos derechos fundamentales como consumidores. En la misma línea, la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada el día 9 de abril de 1.983, adoptó las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección de los Consumidores, con lo cual estos derechos son elevados a una posición de reconocimiento y legitimidad internacional.

1.2. Antecedentes en la Legislación Argentina.

Hasta la sanción y vigencia de la Ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor, no existía, en nuestro ordenamiento jurídico, ley específica que tutelara de manera efectiva al consumidor en su relación de consumo. Téngase presente que, al imperio de las teorías existentes en torno a las actividades comerciales, se sostenía que el comprador (consumidor), se ubicaba en un plano de igualdad con el vendedor, y, con base al respeto de la autonomía de la voluntad y a las reglas del libre comercio, debía pactar la forma que considerara más adecuada para la protección de sus intereses. Así las cosas, y atento a que no se tenía al consumidor como sujeto de derecho, el dictado de leyes se orientaba a proteger a la población en general, cuidando que la situación económica no afecte en demasía el poder adquisitivo del conjunto de la sociedad. Dicha protección se encauzaba por dictado de leyes que, en un primer momento propiciaron la fijación de precios máximos en aquellas situaciones que afligían al conjunto de la sociedad en determinados momentos y asuntos específicos.

En esa inteligencia se puede verificar que el primer antecedente de fijación de precios máximos por una ley en Argentina es en 1920 bajo el gobierno de Hipólito Yrigoyen cuando el Congreso sancionó la Ley de Emergencia 11.157. En efecto congeló por el plazo de dos años los precios de los alquileres fijándolos al valor del 1 de enero de 1920. En 1922 la Corte Suprema de Justicia la Nación confirmó la constitucionalidad de dicha ley.

El 12 de febrero de 1964, bajo la presidencia de Arturo Umberto Illia, se promulga la Ley nacional 16.454 “Ley nacional de abastecimiento”, reglamentada por el decreto 987/64. Dicha ley declara como objeto “*promover el normal abastecimiento y distribución en condiciones de calidad y precio razonable, de todos los bienes y servicios económicos que afectan las condiciones de vida de la población, para la defensa del consumo y crecimiento efectivo de la producción*”. (Servicio infoleg.gob.ar).

Esta norma presenta, como justificación, la escalada inflacionaria del último trimestre del año anterior a su promulgación, agravada con una importante sequía que afectó la producción agrícola ganadera con su correspondiente incidencia en el mercado interno, que se vio reflejada en un aumento sustancial de los precios de mercado con la lógica afectación de la población, y en particular de los grupos sociales de menores recursos.

Pero es de destacar que surge como novedad, la noción de “*consumidores*”, señalando que ya se admitía la existencia del mismo como sujeto de derecho, propiciando su educación, y estableciendo medidas tendientes a la defensa del consumo, concepto que nunca antes se había explicitado de manera más clara en ley alguna.

El 18 de julio de 1.969, se sanciona la Ley 18.284, Código Alimentario Argentino, la cual regulaba las disposiciones higiénico sanitarias, bromatológicas y de identificación comercial del Reglamento Alimentario aprobado por Decreto N° 141/53, con sus normas modificatorias y complementarias”, conforme lo reza el artículo 1° del mencionado cuerpo normativo: “El Código Alimentario Argentino es el código alimentario que regula en todo el territorio de Argentina a todos los alimentos, condimentos, bebidas o sus materias primas y los aditivos alimentarios que se elaboren, fraccionen, conserven, transporten, expendan o expongan, así *como a toda persona, firma comercial o establecimiento que lo haga*”. (Servicio infoleg.gob.ar)

De su lectura se infiere que dicho ordenamiento propende a la protección del conjunto de la población en forma indeterminada; y esa indeterminación no nos permite deducir que la protección se direcciona al consumidor en una relación de consumo propiamente dicha.

Sin dejar de reconocer el sentido de protección de la norma, su orientación se dirige sólo a determinar la calidad y cuidado que deben presentar los alimentos para consumo humano.

El 1 de Agosto de 1.980, se sanciona la Ley 22.262, Ley de Defensa de la Competencia. (Servicio infoleg.gob.ar). Se deben destacar tres puntos que se consideran importantes en la ley, a saber, los actos y conductas anticompetitivos; el abuso de posición dominante y el perjuicio para el interés económico en general. Estos tres elementos, mencionados taxativamente en el artículo 1° del mencionado cuerpo normativo, constituyen los pilares sobre los cuales se sustenta el mismo.

El 5 de Mayo de 1.983, se sanciona la Ley 22.802, Ley de Lealtad Comercial (Servicio infoleg.gob.ar); a través de su reglamentación y resoluciones posteriores, cobra singular importancia ya que sus normas se complementan e interactúan con la Ley de Defensa del Consumidor (Art. 3° de la Ley 242.40). Huelga aclarar que la norma referida es anterior a la Ley de Defensa del Consumidor.

Del análisis de la ley surge que la intención del legislador es dictar normas que deben cumplir el productor, comerciante o importador para que todos y cada uno de los objetos que se comercialicen se ajusten a la regla de la lealtad comercial. Es decir que esta ley, si bien protege al consumidor en la relación comercial, lo beneficia en forma indirecta al obligar al comerciante a realizar su actividad sin ocasionar perjuicio al consumidor.

Todas las normas indicadas, aunque en forma breve, nos remiten a un sistema de protección que no reconoce la figura del consumidor en sí mismo. Recuérdese que en ningún ordenamiento se brinda reconocimiento al mismo en forma expresa; se orientan a brindar un sistema protectorio más bien dirigido a la población en su conjunto, en otras a reglamentar las actividades previas a la comercialización; y otros, finalmente, a establecer las acciones de los comerciantes en lo relativo a las publicidades, considerando al consumidor como merecedor de algún tipo de protección.

Se advierte la necesidad de establecer un régimen que efectivamente propicie una protección efectiva del consumidor, como sujeto de derecho, inserto en la relación de consumo en la cual, es justo decirlo, se presenta como la parte más débil, y que merece la debida protección del ordenamiento jurídico. Como ya señalamos, el reconocimiento de la figura del “consumidor” como sujeto de derecho, se verifica con la sanción de la Ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor. Numerosa jurisprudencia, entre las que se pueden mencionar solo a modo de ejemplo, los casos “Mosca” y “Ferreyra” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fueron determinando el concepto de consumidor en forma precisa.

El Código Civil y Comercial de la Nación recepta esta figura, en concordancia con la protección constitucional; debiéndose tener presente de que, en el mismo Código Civil y Comercial, en el Título preliminar se regula, entre otras cosas el “Principio de buena fe”, el “Abuso del derecho” y “El abuso de posición dominante”, lo cual, sin duda alguna, tiende a la protección de los derechos del consumidor.

1.3. Una visión en el derecho comparado.

La protección de los derechos del consumidor, se constituye como una disciplina jurídica de reciente data. En consecuencia no se van a encontrar antecedentes directos de la misma en el derecho comparado. No obstante ello, es importante destacar que el objeto de estudio

se encuentra inserto en las relaciones económicas diarias que efectúa el hombre en un contexto social concreto, regido por las normas de economía imperantes en cada momento histórico y en cada grupo social en particular. La regulación de normas tendientes a buscar equilibrio en las economías y la fijación de precios máximos constituyen medidas que se aplicaron antiguamente en la humanidad. El rey de Babilonia Hammurabi (1722-1686 A.C según la cronología breve o 1792-1750 a. C. según la cronología media) pensó que el conjunto de leyes de su territorio tenía que escribirse para complacer a sus dioses. El Código de Hammurabi, creado en el año 1728 A.C. (según la cronología media) por el rey de Babilonia Hammurabi, es uno de los conjuntos de leyes más antiguos que se han encontrado y uno de los ejemplares mejor conservados de este tipo de documentos creados en la antigua Mesopotamia y, en breves términos, se basa en la aplicación de la Ley del Tali3n. Entre sus normativas se dictaron normas con fijaci3n de precios y salarios máximos, con penas gravísimas para quien las incumpliera.

En el a3o 301, en el Imperio Romano, el Edicto de Diocleciano, también llamado Edicto sobre Precios Máximos, estableci3 precios máximos para más de 1300 productos, además de establecer el coste de la mano de obra para producirlos, con sanciones que llegaban a la pena de muerte para quien, de manera especulativa, retirara del mercado los alimentos y bienes de uso que comercializaba habitualmente.

En el contexto de la Revoluci3n Francesa, que se había iniciado en 1.789, en medio de las protestas populares por la carestía del pan, de lo cual la poblaci3n culpaba al rey y a la reina; motejados como el panadero y la panadera, desde el 27 de setiembre de 1792 el ayuntamiento de Paris había fijado un maximum de precios para ciertos productos que podían venderse en esa ciudad.

.En épocas más contemporáneas, encontramos un antecedente importante en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, (<https://eur-lex.europa.eu> > EUROPA > EU law and publications > EUR-Lex.) celebrado el 25 de marzo de 1.957 en Roma. En realidad, y respondiendo a la verdad histórica, debemos decir “Tratados de Roma”, porque en esa ocasi3n, los países firmantes, a saber, Alemania Federal, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos, suscriben dos tratados; el primero estableci3 la Comunidad Econ3mica Europea (CEE), y el segundo la Comunidad Europea de Energía At3mica (CEEA o Euratom). Ambos tratados entraron en vigor el día 1 de enero de 1.958, previo a la ratificaci3n que cada Estado obtuvo de sus respectivos parlamentos. A los fines de nuestro estudio nos referiremos al primero de ellos.

El Tratado que instituía la CEE afirmaba en su preámbulo que los estados signatarios estaban "*determinados a establecer los fundamentos de una unión sin fisuras más estrecha entre los países europeos*".

Así se inició un proceso en el que la progresiva integración económica allanó el camino a la unión política. Ya se advierte de manera clara el reconocimiento de la existencia del consumidor como sujeto de derecho, merecedor de la tutela del estado.

En ese sentido, con el objeto de promover los intereses de los consumidores, se proponen una serie de medidas en relación a la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos de los mismos, como garantía de la tutela que se merecen en la relación de consumo; debiendo los estados miembros adoptar las medidas tendientes a tal regulación.

Continuando con esta revisión, el día 15 de marzo de 1962, el entonces presidente de los EEUU, Jhon F.Kennedy, en un célebre y recordado discurso ante el Congreso de su país, enumeró como "*derechos fundamentales de los consumidores la seguridad en el consumo de productos, la información, la libre elección y la representatividad de los consumidores*", al propiciar la primera Ley de Defensa del Consumidor. En la introducción del discurso, dice: "Consumidores, por definición, somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas. Dos tercios del gasto total en la economía provienen de los consumidores. Pero son el único grupo importante en la economía que no están organizados eficazmente, cuya opinión es a menudo ignorada. El Gobierno Federal –por su condición el principal portavoz en nombre de todos– tiene la especial obligación de estar alerta en lo que se refiere a las necesidades de los consumidores y de hacer progresar sus intereses."

(http://www.aytojaen.es/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/2_13065_1.pdf).

Este anuncio motivó la sanción de la primera ley de defensa de los derechos del consumidor constituyéndose en un nuevo paradigma. Y tal fue el impacto que provocó en el concierto mundial que, en forma paulatina, distintos estados fueron adecuando sus leyes para acoger este nuevo sujeto de derecho.

En 1983 la ONU instituyó el Día Mundial de los Derechos del Consumidor que, desde entonces, celebramos cada 15 de marzo. La Organización de las Naciones Unidas eligió este día en conmemoración del discurso que el presidente John F. Kennedy pronunció el 15 de marzo de 1962 ante el Congreso de los Estados Unidos de América.

En el año 1.977, el Consejo Económico y Social de la ONU, advertido de la situación de desprotección en que se encontraban los consumidores en los países en desarrollo, solicita al Secretario General que se preparara un estudio sobre el tema, a partir de las legislaciones vigentes en cada país, a fin de establecer normas que estuviesen orientadas a lograr una protección de los mismos a nivel global. En el año 1.983 se presenta el proyecto de “*Directrices*” ante el Consejo, el cual es finalmente aprobado por la Asamblea General de la ONU el día 9 de Abril de 1.985, mediante la Resolución N° 39/248. (<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/39/248&Lang=S>)

La misma determina que: “Recordando la Resolución 1981/62 de 23 de julio de 1981, del Consejo Económico Social, en que el Consejo pidió al Secretario General que prosiguiera las consultas sobre la protección del consumidor, con objeto de elaborar una serie de orientaciones generales para dicha protección, teniendo particularmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo. Recordando también la resolución 38/147 de 19 de diciembre de 1983 de la Asamblea General. Tomando nota de la Resolución 1984/63 de 26 de julio de 1984 del Consejo Económico Social. Decide aprobar las directrices sobre la protección del consumidor que se incluyen como anexo a la presente resolución.

Una idea similar se plasmó en la Carta de la OEA, mediante la reforma del año 1. 985, por la cual se introdujo en el Art. 39.b.i., la necesidad de que los estados miembros realicen esfuerzos para conseguir "suministros adecuados y seguros para los consumidores, y precios estables que sean a la vez remunerativos para los productores y equitativos para los consumidores". (http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp.)

La defensa de los derechos de los consumidores en la relación de consumo en el derecho comparado comienza a cobrar relevancia y a ser reconocida como susceptible de la protección del estado, a partir del discurso del día 15 de marzo del año 1.962, del entonces presidente de EEUU, John F. Kennedy ante el Parlamento de su nación. Tal fue la repercusión del contenido de este discurso, que significó el surgimiento de un nuevo paradigma en el reconocimiento de los derechos del consumidor, cuando, con su célebre frase explicitaba que “consumidores somos todos”, y que los derechos básicos eran el derecho a la seguridad, a ser informado, a elegir y a ser escuchado.

1.4. La sanción de la Ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor. El alcance del Art. 42 de la Constitución Nacional.

La irrupción de este nuevo sistema normativo implica un nuevo modo de analizar el fenómeno de la contratación, propio del sistema comercial, habida cuenta que la función social e importancia del mismo es fundamental para la satisfacción de todas y cada una de las necesidades del hombre en el decurso de su vida diaria. Con el enfoque en ese aspecto social, el derecho de consumo se direcciona a un encuadramiento distinto de aquel esquema tradicional mercantil. Así el derecho del consumidor representa un nuevo paradigma, toda vez que deja de lado aquella vieja concepción del Código Civil derogado, el cual sostenía la igualdad de las partes en las relaciones de consumo, a la luz del principio de “acuerdo de voluntades” y de una marcada protección estatal en las relaciones comerciales, siempre dirigidas a la protección de los comerciantes, en desmedro del consumidor.

El día 22 de setiembre de 1.993, se sanciona la Ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor. Tiene como orientación principal reglamentar los derechos de los consumidores en su relación de consumo; ofrece una mayor protección de este individuo frente a las conductas anticompetitivas de los mercados, con afectación de sus intereses económicos, su dignidad, etc., al adquirir o contratar un servicio.

Al hacer un análisis de la protección constitucional, debemos referirnos, desde un punto de vista histórico, a la consagración de la libertad de comercio, enunciada en el artículo 14 de la Constitución Nacional de 1853/60, en el que se presuponía la igualdad de las partes. Este principio respondía al llamado “constitucionalismo clásico” o “constitucionalismo liberal”, propio de las constituciones de ese entonces. A la luz de la evolución de la sociedad misma, se produjo un marcado predominio del capital y los avances en los medios de comunicación masiva, permitieron a los consumidores constatar que la relación comercial entre productores e intermediarios incidía en forma negativa con respecto a estos, a los cuales los colocaba, indefectiblemente en una marcada situación de inferioridad y desprotección.

En ese sentido vale destacar la realidad de los contratos de consumo, por cláusulas predispuestas, en los llamados contratos de adhesión, en los cuales el comprador, (consumidor a los fines de este estudio), se veía en la obligación de aceptar las mismas o desistir del producto pretendido.

En la actualidad se evoluciona de aquel “constitucionalismo clásico” o “constitucionalismo liberal” al que hoy se conoce como “constitucionalismo social”, el cual propende a establecer una relación de equilibrio o de igualdad real en aquellas situaciones en las que se verificaba una clara desigualdad o descompensación entre los derechos y deberes de las partes.

En esa inteligencia, los Convencionales Constituyentes, con motivo de la reforma de la Constitución Nacional de 1.994, establecen en el Capítulo II, bajo el Título “Nuevos Derechos y Garantías”, una serie de derechos denominados de 3º generación, o también “intereses difusos o colectivos” o de “pertenencia difusa”; entre los cuales se refieren, en forma concreta, a los Derechos del Consumidor, insertos en el Artículo 42º.

De la lectura de sus dos primeros párrafos, se puede decir que en ellos se sustentan los principios fundamentales que da lugar a la formulación de todo el sistema de protección en estudio.

De todo lo expuesto, surge claramente que el derecho de consumo, como disciplina jurídica, es de escasa data. Los ordenamientos jurídicos, desde antaño, no tenían en miras al consumidor como sujeto digno de tutela. Tanto es así que la conceptualización de consumidor, como tal, recién aparece en forma clara a comienzos del año 1960, donde el derecho comparado comienza a reconocer a este individuo, como parte fundamental de la relación de consumo.

Nuestro derecho no fue ajeno a esta perspectiva. Las distintas leyes que se dictaron a lo largo del siglo pasado se orientaban en forma clara a la actividad comercial, regulando distintos aspectos de la misma; y en algunos casos, cuando se propendía en cierta manera a la protección del individuo, no se lo consideraba como tal sino como integrante del conjunto social.

Con la sanción de la Ley 16.454, Ley Nacional de Abastecimiento, se verifica la primera noción de consumidor en nuestros ordenamientos legales, como merecedor de protección jurídica; procurando su educación y estableciendo medidas direccionadas a la protección del consumo, de manera clara y concreta, como nunca antes se había explicitado en ninguna norma jurídica.

Posteriormente se produce un largo periodo de tiempo sin mayores novedades en torno a la noción de consumo y/o consumidor, hasta que en el año 1993, entra en vigencia la Ley de Defensa del Consumidor, regulando, entre otras cosas los vínculos causados en

contratos de consumo onerosos. La reforma Constitucional de 1994, incorporó en su artículo 42 la noción de relación de consumo, como un concepto constitucional e indeterminado. La jurisprudencia, en fallos destacados de la CSJN, tales como los casos “Mosca” y “Ferreira”, amplia y determina sus límites; proceso que lleva finalmente a la reforma de la LDC concretada en el año 2008.

En síntesis, el propio proceso evolutivo de la sociedad, fue generando la necesidad del reconocimiento de este individuo, antes innominado, al cual actualmente se le reconoce como “consumidor” y merecedor de la protección del ordenamiento jurídico.

Capítulo 2: La Figura del Consumidor.

2.1. El concepto de Consumidor en el derecho de consumo.

Conforme a lo ya expuesto, la legislación argentina fue dando pasos previos en lo atinente al reconocimiento del “*comprador*” como sujeto de derecho y merecedor de tutela jurídica en aquellas relaciones conocidas como comerciales. Es sabido que a la luz de las teorías imperantes antaño, el comprador no gozaba de la percepción de parte débil en el desarrollo de dicha actividad. A riesgo de sobreabundar, baste con recordar que los ordenamientos comentados se limitaron a proteger, más que al consumidor en sí, al conjunto de la sociedad con sistemas normativos que ordenaban las realidades económicas de cada época.

Como paso previo al análisis del tema que nos ocupa, se considera necesario poder definir conceptualmente la figura del “*consumidor*” como sujeto de derecho y merecedor de la tutela jurídica. La figura en cuestión es de reciente data en cuanto a su reconocimiento e inserción en las normas de los ordenamientos jurídicos.

De lo expuesto “*ut supra*” surge que, en el ámbito de las relaciones que hoy podríamos definir como comerciales, existían dos partes bien definidas, a saber, por un lado “*el comerciante*”, ya sea en su calidad de fabricante, distribuidor o simple vendedor, y por la otra el adquirente de los productos o servicios, calificado como “*comprador*”.

Esa clásica denominación dejaba entrever como se encontraba posicionado, el denominado comprador, en el ámbito de las relaciones comerciales. Se imponía una nueva concepción de ese posicionamiento que revalorizara su figura, para lo cual debía, necesariamente, reformularse su denominación conceptual y así propender a la elaboración de un sistema tuitivo que efectivamente tendiera a su reconocimiento y consecuente protección en un sistema destinado especialmente al rol que el mismo cumplía en la relación de consumo.

El catedrático español, Pablo Beltrán de Heredia de Onis, al respecto expuso:

“Los textos legales – y muy particularmente los códigos-, son objetivos y, por lo mismo, impersonales. Constituyen un conjunto de normas que integran el llamado derecho objetivo que, ciertamente, pueden en algunas ocasiones y, bajo determinados presupuestos, convertirse en derecho subjetivo, siendo su titular concreto una persona física o jurídica, determinada o

determinable. Esta impersonalidad implica una cierta deshumanización; no obstante el principio *hominun causa omne jus constitum sit*, el hombre no aparece nominado como tal en los códigos ni en las leyes y, en su lugar, está el enfiteuta, el comerciante, el actor, el demandado, el comprador, el vendedor, el testigo, el locatario, el juez y el concesionario, entre muchos otros. (Heredia de Onis, 1.984, p.)

Como sostiene Farina:

“Así las cosas, el surgimiento de la noción y rol de consumidor importó y actualmente aun implica la superación de la noción individualista y abstracta de persona del viejo Código Civil y en particular de persona física para configurar una visión humanista dentro de la ciencia del derecho, propia de los derechos humanos, considerando que persona (consumidor) es todo ser humano en la total amplitud y significación de ese concepto” (Farina 2004, p.255)

Farina propone que “el concepto de consumidor sea el mismo en el derecho comercial que en el derecho del consumidor, con lo que no solo estamos hablando de una rama jurídica con principios propios, sino de la extensión de sus conceptos a otras especialidades” (Farina, 2004, p.255)

En la misma línea, Mosset Iturraspe y Lorenzetti mencionan que

“la filosofía básica del derecho del consumidor es justamente superadora de la tradicional visión que parte de sujetos económicamente iguales, con poder de negociación similar, para reemplazarlo por la de consumidor como ser necesitado, sujeto pasivo del consumo, receptor o destinatario principal de esta actividad” (Mosset Iturraspe-Lorenzetti, 1994, p.20 y ss.)

De todo lo expuesto se advierte como, en forma paulatina, se va evolucionando de aquel concepto clásico, ciertamente individualista e impersonal, a uno más actual en el cual el individuo, sujeto de derecho, y a la luz de principios sustentados en una visión más humanista dentro de la ciencia del derecho, queda inserto en el sistema normativo, no ya como un sujeto abstracto e impersonal, sino en su calidad de persona con los reconocimientos de los derechos humanos, que le son propios.

Así las cosas debemos entender como consumidor a aquel individuo inserto en una relación de consumo, con reglas de juego claras, gozando de diversas medidas de protección en el ejercicio de dicha actividad.

Conforme al art. 1º de la ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor, reformada mediante la Ley 26361, consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes, tanto en forma gratuita (cuando accede a beneficios sin cargo), provenientes de campañas publicitarias donde se promocionan nuevos productos de alguna firma comercial, o

adquiere distintos tipos de servicios, ya sea para sí o para su grupo familiar. En este ordenamiento aún se advertía la figura del “consumidor expuesto”, actualmente derogada, de lo cual nos ocuparemos oportunamente.

Aún más, a la luz de lo establecido en el primer párrafo del art. 42 de la Constitución Nacional, el usuario de bienes y servicios queda equiparado al consumidor con los mismos derechos y garantías, lo cual le permite al mismo individuo, ya consumidor, ya usuario de bienes y servicios, gozar de manera permanente, plena y efectiva, de un sistema tuitivo orientado a su protección integral.

Como lo expuso el entonces presidente Estados Unidos, John F. Kennedy, en su recordado discurso del 15 de marzo de 1.960(Truscello, P, 2013): “Consumidores, por definición, somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas. Dos tercios del gasto total en la economía provienen de los consumidores.”

En síntesis, y conforme a lo ya expuesto, podemos afirmar que, consumidores somos todos los individuos, insertos en una sociedad concreta en la cual, por el desarrollo propio de las adquisiciones diarias y necesarias para la propia subsistencia y mejor calidad de vida, realizamos actividades orientadas en ese sentido.

2.2 Del “buen padre de familia” en el Código de Vélez al de “consumidor” en la ley especial.

Como se sostuvo en párrafos anteriores, aun cuando el Código Civil de Vélez Sarsfield pretendía ser presentado como un ordenamiento más humano, también incurría en las mismas objetivaciones enunciadas anteriormente. Sin embargo, y como una rara excepción, se establece la existencia de un personaje con un marcado halo humano: *el buen padre de familia*, también presente en muchos ordenamientos decimonónicos. Dicho concepto proviene del derecho romano, como modelo de diligencia, de prudencia, cuya figura fue tomada del mundo agrícola para incorporarla al ámbito jurídico.

En el Código de Vélez, el concepto enunciado se asimila más al de “*hombre común*” u “*hombre medio*”, donde aquellas actitudes de diligencia ciertamente satisfactorias, sucumbían ante esta caracterización de categoría inferior, tanto porque se lo colocaba en

una línea de consideración inferior, como por la actitud del Estado, que, en el marco de ordenamientos legislativos y reglas económicas relegabas aquellas virtudes de las actitudes diligentes a otras de menor valía, colocando al comprador en una situación de inferioridad en las relaciones comerciales.

Y además, para agravar aún más el cuadro de situación de este personaje, a la luz del Código de Comercio (ya derogado), en todas las relaciones comerciales, cuyas divergencias debían ser resueltas por dicho ordenamiento, lo obligaba a la sumisión al mismo, dado que la misma ley consideraba que todos aquellos que realizaren actividades comerciales, por su sola participación en ellas, debían resolver sus diferencias a la luz del mencionado Código; donde, a diferencia de aquel *buen padre de familia*, parámetro de conducta para determinar la existencia de culpa bajo el régimen del derecho civil, se pasa a la caracterización de *buen hombre de negocios*, referencia con la cual se designaba al comerciante. Ese “*buen hombre de negocios*”, caracterizado en el Código de Comercio, se presenta como un sujeto sumamente activo, capacitado, conocedor de las relaciones comerciales y de las ventajas de su propio negocio, estudioso del mercado y su comportamiento, conocedor pleno de las reglas del comercio, quien difícilmente pueda ser perjudicado en la realización de cualquier actividad de índole comercial.

Demás está decirlo, se ubica en una marcada posición de superioridad sobre aquel “*hombre común*” u “*hombre medio*”, con lo cual la pretensión de algún sistema tuitivo a favor del comprador, se percibía cada vez más lejano.

Entonces ese hombre medio, hombre común, o *buen padre de familia*, al decir de la caracterización del Código Civil de Vélez, se encuentra en una situación de inferioridad en el mundo de las relaciones comerciales, no se advertía la caracterización y la debida definición conceptual de su figura que le permitiera, amén de su reconocimiento como parte fundamental en la relación de consumo y como sujeto de derecho, ser reconocido, valorado y respetado como tal, para ser insertado en un sistema que efectivamente propendiera a la protección de sus derechos.

Así las cosas, y con la sanción de la ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor, arribamos a la conceptualización del mismo con toda la amplitud de su significado.

Se puede decir que el consumidor es toda persona que se encuentra inserto en un núcleo social concreto, en el cual, y conforme a su propia inserción y el devenir propio de la vida de relación entre sus pares, en forma permanente realiza relaciones de consumo,

entendida por tales todas y cada una de sus adquisiciones, ya las destinadas a su propia alimentación y subsistencia, ya las orientadas a mejorar su calidad de vida.

Pero ahora ese “*consumidor*”, a diferencia de aquel “*buen padre de familia*”, realiza sus actividades con una perspectiva distinta, toda vez que se encuentra con una protección efectiva a la luz de este nuevo ordenamiento, con una posición de marcada igualdad en la relación de consumo, donde se lo trata con respeto y como verdadero sujeto de derecho. Es obvio que este sistema tuitivo es perfectible, es decir, sujeto a modificaciones o reformas que tiendan a asegurar la vigencia del mismo y a buscar las soluciones que mejor se adecuen a las nuevas situaciones que surjan como consecuencia de la propia evolución de la sociedad.

2.3. El rol del “consumidor expuesto”. Su valoración en el sistema protectorio.

En la relación de consumo se pueden identificar dos sujetos bien definidos; por una parte el comerciante, proveedor o promitente y por otra parte el consumidor, es decir aquel comprador o adquirente del producto o servicio, sobre cuyo concepto ya nos hemos exployado en forma amplia. Este consumidor es el que es totalmente visible en la relación comercial, como parte constitutiva de la misma, el cual es objeto de la tutela respectiva en forma específica en la ley de defensa del consumidor. También podemos advertir la presencia de terceras personas que, sin estar involucrados en la relación de consumo, ya sea como consumidores o usuarios, pero como consecuencia de ello adquieren o utilizan los bienes y servicios contratados por el consumidor, quienes pueden calificarse como “terceros beneficiarios”.

Finalmente tenemos a quienes sin ser consumidores ni encontrarse en el rol de “terceros beneficiarios” se encuentran “expuestos” a esa relación, a quienes se denominan “personas expuestas a una relación de consumo” o “by standers” denominación proveniente del “common law”, conforme a su incorporación en la Ley de Defensa del Consumidor, con motivo de la reforma introducida al artículo 1º mediante la Ley 26361 del año 2008.

Este “consumidor expuesto” es quien ciertamente sufre las consecuencias a raíz de una relación de consumo ajena.

Al respecto señala Rusconi: *“se trata de una persona o grupo de ellas que no son parte en la relación de consumo “base” o “fuente”, pero que, además, no adquieren o utilizan bienes como destinatarios finales, sino que solamente se encuentran expuestos a ellos o a las consecuencias del acto o relación de consumo que introdujo esos bienes al mercado”* (Rusconi, Dante D. “Derecho del Consumidor”, 2008, Pág. 163). Se recalca que su caracterización se concreta mediante la ajenidad del mismo en la relación de consumo; sigue diciendo Rusconi que *“el vínculo jurídico se concreta con la materialización de los efectos de una relación de consumo que refleja sus consecuencias hacia terceros”*.

Con el objeto de precisar el concepto, se sostiene que “consumidor expuesto” puede ser considerada cualquier persona que, sin el ánimo de formalizar una relación de consumo, se encuentra en un ámbito destinado a tal fin aunque no efectivice ninguna actividad de esa naturaleza. Es decir que, por el solo hecho de estar en un ámbito adecuado, puede encontrarse comprendida en esa situación. Baste señalar a la persona que por curiosidad o distracción, camina por un centro comercial mirando vidrieras y sufre una contingencia personal como consecuencia de algún obstáculo o situación imprevista que se desarrolle, sin su culpa o intervención. Es evidente que ese daño o menoscabo que sufra en su persona es objeto del reclamo pertinente y su acogida por el régimen protectorio.

Es de destacar la importancia de esta modificación, dado que la introducción de esta nueva normativa protectoria brindaba absoluta seguridad a este individuo que podía verse afectado por la mera expectación en la relación de consumo de terceros, donde ya no se exigía la constatación de su rol de consumidor cierto, sino que la simple existencia de una relación de consumo ajena que lo afectara en forma directa o indirecta le permitía acceder al régimen de excepción. Se dio de esta forma un tratamiento específico a la problemática que afectaba a personas que, si bien es cierto no eran parte de los respectivos contratos de consumo, se veían afectados en forma directa o indirecta como consecuencia de los mismos. Obviamente que esta normativa generó una óptima recepción por las personas en general y por la doctrina más vinculada al derecho del consumidor, toda vez que la misma permitía una protección cierta a aquel “consumidor expuesto”, y, en contrapartida, una marcada inquietud en el ámbito de los comerciantes y proveedores.

La descripción de este sujeto como: *“quien de cualquier manera esté expuesto a una relación de consumo”*, verbaliza una expresión que puede considerarse imprecisa, difusa y genérica, pues con ella se pueden incluir diversos supuestos tales como potenciales

consumidores frente a ofertas publicitarias de distinta índole como prácticas comerciales indeterminadas en sus destinatarios finales o aquellos casos en los cuales se encuentre implicada la seguridad de los productos y/o servicios que se incorporen al flujo comercial por medio de los comerciantes o proveedores.

A fin de una mayor precisión en torno a la figura del “consumidor expuesto” se puede decir que “es aquella persona que ha sufrido un daño por la mera circunstancia de encontrarse en el momento y lugar en que sucede el hecho o se verifica la relación de consumo, de la cual resulta perjudicado, sin que tenga participación alguna en dicha actividad”.

Se debe destacar que este concepto permitió relativizar el cumplimiento del rol de consumidor o usuario para ser sujeto merecedor de la tutela del régimen especial, dado que a partir de esta realidad ya no era necesario probar de manera cierta la participación efectiva en un contrato o relación de consumo, bastando solamente la existencia de una relación de consumo y que, como consecuencia de la misma, se sufre una afectación directa o indirecta, lo cual lo habilitaba a acceder al régimen de excepción. Sería redundante explayarse sobre los beneficios que esta protección implicó para un sinnúmero de ciudadanos que pudieron acceder al régimen de excepción con una seguridad más amplia sobre la obtención de un resultado favorable en orden a sus pretensiones.

Si bien es cierto esta figura fue de corta duración en el tiempo, generó abundante doctrina y jurisprudencia en torno a dicha temática, por lo que se puede recurrir a ella en los casos es que, como veremos más adelante, desaparece del sistema normativo con motivo de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, en el cual, entre otras cosas, se reforma el artículo 1 de la Ley de Defensa del Consumidor, dejando de lado esta protección especial a ese sujeto que, si bien es cierto no participaba en forma directa en la relación de consumo, podría verse afectado como consecuencia de las relaciones de consumo de terceros.

2.4. Consecuencias de su exclusión en el Código Civil y Comercial.

Es preciso señalar que siempre se ha sostenido que el derecho está al lado de la víctima y su función excede la sanción de quien incumple las normas; que el derecho de daños, que

durante mucho tiempo estuvo enmarcado en los límites del derecho privado, actualmente se encuentra estrechamente vinculado con principios constitucionales. También que el derecho a una justa composición resulta ser de extrema necesidad para la recomposición del orden social establecido. Frente al daño se impuso el deber jurídico de repararlo o de evitarlo, idea que en épocas pasadas hubiera sido absolutamente descabellada.

Desde la misma posición, al establecerse la figura del consumidor expuesto, se amplía la protección del mismo en las eventualidades de situaciones dañosas para su persona o intereses, más allá de su participación cierta o no en la relación de consumo.

Es indudable que la inserción de la figura del “consumidor expuesto” en la ley de Defensa del consumidor con motivo de la reforma establecida por la ley 26361 del año 2008, había significado un hecho de suma importancia, no solo por su inserción en sí, sino porque a través de la misma se habían ampliado los sujetos merecedores de tutela, ampliándose el número de protegidos con relación a la primitiva ley 24240 y formulando un criterio superador de aquella concepción procesal tradicional que requería que el accionante fuese el titular del derecho y que debía ser quien hubiese sufrido el perjuicio directo. Este modo de protección significó un avance sumamente importante en el sistema tuitivo. Ya no era menester probar de manera cierta la participación efectiva por parte del demandante, su inserción en una relación de consumo, o en un contrato de consumo. Bastaba probar que el mismo se encontraba en el momento y en el lugar preciso en el cual se produjo el hecho dañoso, del cual resultaba afectado, y en el que no había tenido participación alguna, para poder acogerse al régimen de excepción. Tal tutela fue ampliada a la luz de la protección constitucional del Art. 42, con motivo de la reforma del año 1994.

Así las cosas, y con motivo de la sanción de la ley 26994, que establece el Código Civil y Comercial de la Nación, unificando los derogados Código Civil y Código Comercial, se modifica el artículo 1º de la Ley de Defensa del Consumidor, con lo cual desaparece de la tutela la figura del “*consumidor expuesto*”.

Es justo señalar que la reforma propiciada en orden a establecer un Código acorde a los nuevos tiempos y a las cambiantes situaciones propias de la misma evolución con vista a efectuar una revisión profunda de las normas existentes, debe considerarse de manera positiva, más aun cuando dicha reforma, con la unificación de los códigos preexistentes, era un reclamo esperado por todas aquellas personas vinculadas a las actividades judiciales. Pero tal presunción se ve ciertamente acotada al resolverse la exclusión del

“*consumidor expuesto*” en el nuevo Código, figura que brindaba un amplio sistema de protección a los mismos en la ley especial.

En este sentido, como valoración personal, nuestra posición es contraria a esta decisión, dado que tal exclusión implica un evidente retroceso en relación al terreno ganado en la tutela de los derechos amparados en el art. 42 de la Constitución Nacional.

Entre otros argumentos se sostuvo que era necesaria la depuración de la redacción y la terminología de la legislación especial de acuerdo a las observaciones efectuadas por la doctrina; que la enunciación de la figura del consumidor expuesto es imprecisa, difusa y genérica, y que el actual texto de la legislación de consumo carece de restricciones, con lo que, al ser interpretado literalmente logra una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Igualmente debería haberse considerado que, en materia de responsabilidad civil por productos elaborados, la protección del “*by stander*” encuentra cada vez más adeptos, tanto a nivel nacional como en el derecho comparado. Pero esto no es suficiente causa como para remover, sin más, tal protección, con el argumento de que ello puede dar lugar a interpretaciones demasiadas amplias o fuera de contexto.

En este marco de situación debemos admitir que tal medida ha significado un evidente retroceso en el sistema tuitivo, dado que esta nueva norma solo deja lugar a la aplicación de las normas del nuevo Código. Y en esa misma línea de pensamiento podemos presumir que se podrían arribar a soluciones injustas basados en errores de interpretación de la misma envergadura de los que se pretende eliminar.

Tratando de elaborar una conclusión parcial, podemos decir que la figura del consumidor, y su conceptualización es de reciente data. Recuérdese que en el anterior Código Civil (derogado), la figura reconocida era el “buen padre de familia”, que refería más al “hombre común” u “hombre medio”, sin que ello significara protección especial alguna. El concepto en estudio aparece en forma clara y precisa con la sanción de la ley especial.

Amén de ello, y ampliando el sistema tuitivo, se reconoce la existencia de aquel otro individuo, aparentemente ajeno, expectante en la relación de consumo, el cual, como consecuencia de esa mera participación o expectación, se ve involucrado en la relación de consumo y padece algún infortunio que lo coloca en posición de legitimado para reclamar el daño sufrido. Pero a poco tiempo, con motivo de la sanción del nuevo Código

Civil y Comercial, dicho sujeto de derecho es dejado de lado, con lo cual aquel avance se transforma en retroceso, según nuestro entender.

Capítulo 3. Formación del consentimiento: Prácticas abusivas y cláusulas abusivas.

3.1. Concepto de Prácticas abusivas y cláusulas abusivas.

Desde antaño, las transacciones comerciales se perfeccionaban en base al previo acuerdo entre las partes intervinientes, momento en el cual cada quien exponía sus argumentos, uno defendiendo la calidad y precio de su producto o servicio ofrecido, y el otro, realizando una contrapropuesta u oferta diferente, en el caso de no concordar con el precio que se le pedía por la cosa o servicio, o advertir alguna incongruencia entre la calidad de lo ofrecido y la cosa en sí misma. Es decir que ante todo, primaba el acuerdo paritario, donde ambas partes se encontraban en una posición de relativa igualdad, en cuanto a la libertad de la concreción o no de la operación comercial propuesta.

Tal perspectiva se mantiene en el tiempo hasta épocas más contemporáneas. Es necesario precisar que el consentimiento contractual en el contrato clásico o discrecional, implica un proceso de acuerdo sobre su contenido, en etapas previas, donde las partes intercambian opiniones y tratativas sobre la calidad del producto, sus características, su precio, la conveniencia de su adquisición, la facilidad en la forma de pago, y todas aquellas circunstancias inherentes al mismo, que, posteriormente, se plasman en el contrato respectivo.

Por el contrario, el contrato celebrado en la actualidad por el consumidor adopta las manifestaciones formativas propias de la estructura contractual de adhesión, donde, la inexistencia de tratativas previas, conduce a la visualización de una oferta emanada del proveedor y orientada hacia una cantidad indeterminada de personas que recién se individualiza al producirse la aceptación por parte del consumidor en orden a la propuesta emanada de aquel. Como se puede advertir, este consumidor se encuentra en una situación diametralmente opuesta al de aquel que participaba en la discusión paritaria, en una suerte de indefensión ante la propuesta realizada. En esa inteligencia, el contrato se establece en base a cláusulas predispuestas, sin discusión paritaria, en las cuales el consumidor simplemente acepta las mismas en las condiciones en que se encuentran redactadas, si su intención lógicamente es acceder al servicio o adquirir el producto, o desestima tal propuesta sin llegar a concretar el negocio en marcha. Es decir que en la determinación del contenido del contrato, la iniciativa se verifica en la conducta del oferente, en tanto al

adherente solo le queda la disposición de aceptación de las mismas por medio de la conclusión del acto, claro está, si se aviene a la terminación del mismo.

Entonces se debe precisar que esta actividad se encuadra dentro del concepto de “asentimiento”, entendido como el hecho de admitir como cierto lo que se le propone, sin posibilidad alguna de discutir sobre el fondo de la cuestión. De allí la preocupación del legislador consumerista en orden a la introducción de reglas que propendan a la protección del consumidor, mediante la obligación de brindar información previa al consumidor, que impidan el ejercicio de conductas inadecuadas que desvirtúen la claridad del negocio propuesto, y permitan, de manera cierta y concreta, resguardar los derechos del consumidor.

Debemos considerar que en la realización habitual de la actividad comercial, el predisponente hace uso de todos aquellos medios que le posibiliten captar la atención de los potenciales consumidores, en el sentido de generar en el mismo la necesidad de la adquisición de determinados productos o servicios. De suyo que la actividad fundamental se desarrolla a través de las técnicas publicitarias, tema que será tratado en el siguiente capítulo.

Ahora bien, cuando dicha actividad se ejerce en forma agresiva, de manera tal que actúa de modo compulsivo sobre la persona del potencial consumidor, afectando su libertad de elección y forzando el consentimiento del mismo, estamos en presencia de una práctica abusiva que inhibe la voluntad del comprador, accediendo a un negocio que, de haberlo analizado en forma mesurada y sin presiones, seguramente no habría aceptado. Si esta situación se desarrolla en un lugar físico determinado (local comercial) y produce afectación en el consumidor, cuanto más grave es cuando esta actividad se despliega en un lugar distinto al establecimiento comercial, ya sea el lugar de trabajo del consumidor, el domicilio del oferente o de un tercero, o asimismo cuando el mismo se celebra a distancia, es decir sin la presencia física de las partes, por medio de correspondencia epistolar o postal, o a través de sistemas electrónicos, ya sea internet, correo electrónico, o por medios de comunicación masiva, donde el consumidor se encuentra en mayor situación de desprotección.

Como ya dijimos, algunas de estas prácticas constituyen una verdadera presión sobre la persona del consumidor, confundiendo sus verdaderas expectativas, determinando su

conducta, el cual termina accediendo a la adquisición de productos u objetos que en algunos casos son de nula o escasa necesidad, o, de manera más perjudicial, concretando negocios que comprometen su patrimonio sin un verdadero conocimiento de las obligaciones asumidas.

Con respecto a las cláusulas abusivas, es necesario, en primer lugar, explicitar que la abusividad se puede concretar no solo en los contratos por adhesión, sino también en los cuales su contenido es predispuerto, con lo cual la protección establecida en el artículo 37 de la Ley 24.240, LDC se aplica tanto a las relaciones de consumo, como a otros tipos de relaciones jurídico-privadas. En líneas generales podemos afirmar que son abusivas aquellas cláusulas que, no habiendo sido negociadas individualmente, tienen por objeto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, siempre, obviamente, en perjuicio del consumidor. Las cláusulas abusivas pueden estar presente en cualquier parte del contrato, pero, de acuerdo a la experiencia cotidiana, la mayoría de las veces se encuentran insertas en las denominadas “letra chica” del contrato, a la cual el consumidor, en la mayoría de los casos, tanto por ignorancia como por excesiva confianza hacia el promitente, no estudia en forma detallada u omite su debida lectura, asintiendo con la confirmación del contrato. Si nos remitimos al artículo 37 de la ley 24.240, LDC, podemos aseverar que son abusivas aquellas cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente, o, de alguna manera, afecten los derechos del adherente. En la misma línea, el artículo 985 del CCCN, determina que las clausulas generales predispuertas deben ser comprensibles y autosuficientes, cuidando que su redacción sea clara, completa, legible y de fácil comprensión para el adherente. En esta dirección de asequibilidad, el artículo mencionado determina la obligatoriedad de que su redacción lo sea en el idioma nacional, salvo disposición expresa en contraria, para ciertos tipos de contratos (como por ejemplo las pólizas de riesgo marítimo); que no contemple la posibilidad de que alguna de las clausulas remitan a otros documentos no entregados en el momento de la celebración del contrato. Esto es de fundamental importancia dado que protege al conjunto de los integrantes de la sociedad, sin distinción de clases o condiciones sociales.

3.2. Su tratamiento en la Ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor y en el Código Civil y Comercial de la Nación.

A pesar que la determinación de un concepto cierto y un criterio que fuera determinante en cuanto a la definición de “práctica abusiva” no se encontraba explicitado en la Ley 24.240, tanto la doctrina como la jurisprudencia fueron produciendo distintos fallos que permitieron elaborar el concepto de práctica abusiva como el de aquellas prácticas comerciales que importan una desventaja comparativa para el consumidor, tanto cuando se veía afectada su capacidad de discernimiento al momento de decidir sobre la contratación del producto o servicio, o como cuando accedía a la oferta a través de medios publicitarios.

Con motivo de la reforma de la Ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor, mediante la Ley 26.361, sancionada el día 12 de marzo del año 2008, se produce la inserción del artículo 8° bis, el cual se establece, mediante una clara conceptualización de la conducta que la misma ley define como “*Trato Digno*”, una suerte de catálogo de conductas que los comerciantes, necesariamente, deberán observar durante el desarrollo de sus actividades, tendientes a una real y efectiva protección del consumidor con motivo de la relación de consumo. Tales conductas tienden a que el comerciante advierta que a su frente, en la relación de consumo, se encuentra una persona y como tal, merecedora del respeto que la misma merece por su calidad de tal. Así, se establece claramente que deberán articular todas y cada una de las medidas necesarias posibles con miras a garantizar condiciones de “*atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios*”. Para explicitarlo en forma clara y precisa, en la relación de consumo no existen clientes o consumidores de distintas categorías, por lo cual no se deberían realizar distinciones en consideración de color de piel, calidad de ciudadano nativo o extranjero, o por su aparente condición social. Es más, en el mismo sentido, y durante el ejercicio de la actividad comercial deberá tener en cuenta especialmente que no podrá, de manera alguna “*desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias*”. Para ello es lógico pensar que el desarrollo de la actividad comercial deberá realizarse en un marco de absoluto respeto y consideración para con el consumidor, que, debe reiterarse, es la parte más débil en la relación de consumo. Es interesante advertir que, con relación a los consumidores extranjeros, de ninguna manera y por ninguna causa podrán establecer diferencia alguna con relación a los precios de los productos ofrecidos en venta, tendiendo a proteger a los mismos de

conductas aviesas en relación al mayor poder adquisitivo, real o potencial, teniendo en cuenta el valor de la moneda extranjera que los mismos posean, como por ejemplo la relación dólar o euro con respecto a la moneda local.

Dicha protección se encuentra debidamente consagrada en el artículo 42 de la Constitución Nacional, incorporado con motivo de la reforma del año 1994, donde consagra los derechos fundamentales del consumidor, entre los que se encuentran el trato digno y equitativo. Finalmente, y con motivo de la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, mediante la ley 26.994, se determina en el artículo 1097 la obligación de los proveedores de garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios, sustentadas en criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Y en el artículo siguiente, el 1098, determina la obligación del trato equitativo y no discriminatorio, que contraríen la garantía constitucional de igualdad, a los cuales nos remitimos por razones de brevedad.

Con lo expuesto surge que el tratamiento de las prácticas abusivas y cláusulas abusivas, insertas en la Ley de Defensa del Consumidor, fueron receptadas en la tutela del Artículo 42 de la Constitución Nacional, como asimismo en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, lográndose con ello un sistema protectorio amplio a favor del consumidor, por lo cual este sistema tuitivo ya no es patrimonio exclusivo de una ley especial, sino que tiene raigambre constitucional, amén de su inserción en una ley general como es el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En consecuencia, y ante la verificación de la existencia de cláusulas de este tipo, el consumidor tiene el derecho de reclamar ante las autoridades judiciales correspondientes. El efecto de las cláusulas abusivas, conforme lo determina la misma LDC es tenerlas por no convenidas, y no necesariamente su declaración de nulidad, la cual puede ser parcial en relación a la cláusula viciada, permitiendo al juez disponer las medidas correctivas tendientes a resolver la estipulación desventajosa, de tal suerte de que el consumidor pueda concretar el negocio jurídico o contrato deseado. Conforme a las circunstancias, el juez que entienda en el caso, puede y debe integrar el contrato respectivo. Debe entenderse por “integración del contrato” mantener aquellas cláusulas que se ajusten a derecho, y establecer las pautas necesarias que permitan el cumplimiento del requerimiento de las partes, en especial del consumidor, atendiendo especialmente a su protección en la relación contractual.

Como veremos al momento de analizar antecedentes jurisprudenciales, en los casos resueltos a favor del consumidor ante la presencia de estas cláusulas abusivas, los magistrados fallaron a favor de los reclamos de los consumidores, disponiendo la integración de los contratos y la salvaguarda de los intereses de los mismos.

Ello, sin duda alguna, permite al usuario contar con un amplio sistema de protección ante la eventualidad de considerar que por alguna circunstancia se han conculcado sus derechos.

3.3. Su incidencia en las relaciones de consumo. Jurisprudencia.

Damos por sentado que las relaciones de consumo diarias se desarrollan dentro de los cauces normales, donde las cláusulas predispuestas en los contratos de adhesión como asimismo la influencia de las técnicas publicitarias sirven para presentar en debida forma la calidad del producto ofrecido y lograr, de esa manera, la captación del cliente para formalizar el contrato de consumo. Esta debe ser la actividad cotidiana, ordinaria, esperable, ajustada a derecho conforme a las normas de protección del consumidor, en la cual el mismo, en el desarrollo de la relación de consumo, vea satisfecha sus expectativas y pueda concretar el negocio que le permite acceder al producto o servicio necesario conforme a sus particulares necesidades. Recuérdese que en la concreción de contratos con cláusulas predispuestas, el consumidor no tiene participación alguna en su redacción, simplemente adhiere al mismo.

Es importante dejar debidamente aclarado que la presencia de “cláusulas abusivas” no se remiten en forma exclusiva y excluyente a aquellos contratos destinados a la adquisición de elementos de uso ordinario, suntuario o de placer, sino a todos aquellos elementos y/o servicios, de distinta índole, a los que pueda acceder el usuario. Como veremos más adelante, al momento de desarrollar comentarios sobre distintos antecedentes jurisprudenciales, la LDC brinda un amplio marco protectorio a todas aquellas relaciones contractuales en las que puedan verse vulnerados los derechos de los consumidores en ocasión de adquirir productos o contratar todo tipo de servicios.

De la misma manera es justo admitir que en distintas circunstancias y en ocasión de la concreción de una relación de consumo, en cualquiera de sus formas, se pueden verificar la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, o el ejercicio de prácticas

abusivas en la gestación previa de la relación contractual lo cual provoca un perjuicio serio en el desarrollo del contrato de consumo, toda vez que el adquirente, de manera inesperada, advierte una situación que sufre sin haberla previsto en forma clara al momento de la celebración del contrato o relación de consumo; y que de haberla advertido con claridad seguramente hubiere desistido de la misma. Cuando conceptualizamos el concepto de “cláusulas abusivas” nos referimos en forma concreta a la redacción de distintos contratos en los cuales, la llamada “letra chica” puede contener disposiciones contrarias a la voluntad del comprador y a la información brindada, en forma verbal, por el comerciante o vendedor.

Ante ello el art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor establece un sistema abierto de cláusulas, lo cual facilita la discrecionalidad judicial, siendo de amplia aplicación toda vez que resulta adaptable a distintas formulaciones. Correlativamente el art. 38 del mismo cuerpo normativo, delega en la autoridad de aplicación el deber de vigilancia en los contratos de adhesión a fin de evitar en los mismos la inserción de cláusulas de las mencionadas en el artículo anterior. Este modo de protección ha dado lugar a variada doctrina relacionada con este problema, y asimismo distintas resoluciones judiciales, lo cual permitió sentar numerosos precedentes jurisprudenciales al respecto.

En el primer punto de este capítulo hemos explicitado en forma clara el concepto de “cláusulas abusivas”; hemos remarcado que éstas pueden encontrarse en distintos contratos de adhesión, en los cuales el comprador, generalmente, simplemente los avala con su conformidad, sin tomarse el debido tiempo para efectuar una lectura clara y mesurada de los términos del contrato, en una acción imprudente o de excesiva confianza para con la otra parte. De suyo que los resultados adversos se verifican una vez que el contrato se ha perfeccionado.

Son innumerables y variadas las situaciones en las cuales se pueden advertir la presencia de dichas “cláusulas abusivas”, pero, como ya remarcamos, las mismas se advierten con el negocio concretado. En esas circunstancias el comprador siente vulnerado sus derechos y debilitada su confianza, ante los resultados adversos que le tocan vivir.

Así las cosas, en distintos tipos de contratos, o que responden a distintos requerimientos, es susceptible la verificación de la existencia de las cláusulas ya mencionadas.

La jurisprudencia es vasta en este tipo de situaciones porque, lógicamente, son innumerables los casos en los cuales los derechos de los consumidores se ven conculcados. Comenzamos este análisis con el antecedente del caso “PLA CARDENAS, Ramón c/All Season S.R.L.”, Contrato de Turismo. <http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/239-art-37> (Recuperado el día 30/06/2016). En el caso, un contrato de servicios turísticos, el demandante acude a la justicia toda vez que debió desistir de realizar el viaje contratado, por razones particulares, siéndole negada su pretensión de obtener restitución del pago efectuado. En el contrato en sí mismo se dejaba expresa constancia de la imposibilidad de solicitar reintegro del pago efectuado en el caso de que el contratante debiera renunciar a realizar el viaje por causas personales, o por imponderables surgidos a posterior de la contratación. Así las cosas debe considerarse que el contrato se encuentra alcanzado por la ley 24240, de defensa del consumidor; que la cláusula indicada constituye una renuncia o restricción de los derechos del consumidor, y en los términos del art. 37 de la ley 24240, importa un desequilibrio de la justicia conmutativa. El fallo del caso sostiene que debe considerarse abusiva la cláusula que impide la percepción de devolución del servicio turístico contratado cuando el adquirente debe desistir de realizar el mismo por razones personales, constituyendo dicha cláusula una renuncia o restricción de los derechos del consumidor, a la vez que permitiría, a la empresa, lograr un enriquecimiento sin causa, amén de vulnerar la resolución 256/00 de la Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación, la cual prevé la posibilidad de que el contratante desista de realizar el viaje con la consiguiente posibilidad de obtener el reembolso correspondiente, con deducción de gastos administrativos, si correspondiere. Con todos estos argumentos se falló a favor del demandante, permitiéndole el recupero de lo abonado, pese a no haber realizado el viaje contratado.

Como ya dijimos anteriormente, el art. 37 de la LDC establece un sistema abierto de cláusulas con lo cual la discrecionalidad judicial permite su aplicación a distintas formulaciones.

Así debemos señalar un precedente del 24/02/2004, en autos “Rohwein, José Víctor vs. Federación Asociación Trabajadores Sanidad, s/amparo. CCiv. Y Com. Sala II – Mar del Plata”. En el caso en cuestión, el demandante es excluido de la prestación de la Obra Social, dado que, con posterioridad a la aceptación de la afiliación, se descubre una enfermedad preexistente al momento de adhesión de la cobertura médica; por aplicación de cláusulas contractuales que permitían tal exclusión; siendo que la Federación solo

pidió una declaración jurada respecto de “inexistencia de patologías”; omitiendo ella misma adoptar las medidas tendientes a verificar el verdadero estado de salud del afiliado. Tal conducta debe considerarse abusiva, contraria a lo determinado en el Art. 42 de la C.N.; contraria al art. 36 inc.8 de la Constitución de la Pcia. De Buenos Aires, y arts. 37 y 38 de la Ley 24.240

Se suelen plantear en la vida diaria de cualquier ciudadano, situaciones que terminan siendo aceptadas como comunes o previsibles, y cuyas consecuencias deben ser afrontadas con total resignación. Tal el caso de las tarjetas de débito que suelen quedar “atrapadas” en los cajeros automáticos de distintas instituciones bancarias, dejando al cliente desprovisto de la disposición de sus dineros para solventar sus necesidades diarias. Las quejas generalmente terminan con la devolución de la tarjeta y un pedido de disculpas del empleado bancario de turno. Muy pocas veces, ante este infortunio con la eventualidad de sufrir perjuicios económicos, se plantean reclamos judiciales tendientes a la recomposición del derecho vulnerado.

Al respecto, en los autos CCont. Y Trib., Sala 1 “Bank Boston NA vs. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/otras causas con tramite directo ante la Cámara de Apelaciones. 10/08/2011; se confirmó la resolución de la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor, que impuso al Banco una multa de \$ 5.000, por la retención de una tarjeta de débito de un cliente en un cajero; de lo cual pretendía exculparse haciendo uso de una clausula inserta en el contrato respectivo por la cual se determinaba que ni el Banco, la empresa operadora de la red o quienes integren la red de cajeros automáticos, deben responder por daños ocasionados por fuerza mayor o por las consecuencias de un mal funcionamiento de los cajeros automáticos; destacándose que tal conducta infringía lo dispuesto en los arts. 4 y 37 de la Ley 24.240 LDC, por lo cual se le aplico la multa referida.

En esta apretada síntesis hemos podido verificar el tratamiento que se le brinda al consumidor en tres situaciones verdaderamente distintas: desde la placentera posibilidad de realizar un viaje turístico; la evidente necesidad de una cobertura de salud que le proteja de los imponderables de la vida, hasta el mero hecho de poder disponer de sus propios dineros en beneficio propio y, eventualmente, de su propio grupo familiar.

En todos los casos podemos ver que, por imperio de diferentes normas insertas en los respectivos contratos suscriptos al momento de acceder a cada servicio, se insertaron cláusulas que, en un primer momento, pueden haber pasado inadvertidas para el contratante o consumidor, pero que, a la postre, cuando fue necesario hacer uso de alguno de esos servicios, salieron a la luz los verdaderos alcances de las disposiciones de cada contrato. La intervención de los respectivos órganos jurisdiccionales, permitieron colocar las cosas en su lugar, articulando las medidas necesarias que permitieron, en cada caso, recuperar aquellos derechos conculcados con disposiciones predisuestas en clara contradicción con las normas legales en vigencia

El análisis de estos tres casos nos permite determinar la protección que ostenta el ciudadano frente a la conducta de aquellos que, valiéndose de cláusulas abusivas en distintos tipos de contratos, pretenden vulnerar los derechos que les son propios.

3.4. Medidas de protección del consumidor ante su irrupción en la relación de consumo.

Sin ánimo de sobreabundar en lo ya expuesto, es necesario resaltar que con la evolución de la sociedad misma y el tratamiento en los sistemas de protección del consumidor, se lograron importantes avances en la tutela de sus derechos.

La evolución de los derechos del consumidor, en nuestro ordenamiento, fue pasando por distintas etapas de surgimiento, desarrollo y maduración, hasta llegar a plasmarse en ordenamientos concretos surgidos a través del dictado de distintas leyes; desde aquellas que tendían a la protección de la sociedad en general, con dictado de normas de regulación de mercados o de pesos y medidas, hasta las que establecían normas de conductas a cumplir por los comerciantes entre sí, con motivo de sus propias actividades; todas las cuales fueron prefigurando la necesidad de contar con un sistema tuitivo adecuado en orden a la protección del consumidor y sus derechos.

La irrupción de la Ley 24240, Ley de Defensa del Consumidor, en nuestro ordenamiento legal, sin duda alguna representó un hito de suma importancia en la protección del consumidor en ocasión de la concreción de sus relaciones de consumo. Esta protección

comenzó a brindar un sistema de auténtica protección a los consumidores en sus relaciones diarias y cotidianas, de manera que a partir de ella podían apreciar más seguridad en la protección de los derechos emanados de su relación de consumidores, en la que, como ya se sostuvo anteriormente, podrían encontrarse en inferioridad de condiciones con relación a los predisponentes, considerada siempre la parte más fuerte en la relación.

De suyo que este ordenamiento debía estar sujeto a modificaciones conforme a la propia evolución de la sociedad y a los requerimientos de la misma realidad, en relación a las distintas situaciones planteadas en toda relación de consumo. Atendiendo a esa evolución, con motivo de la reforma de la propia ley, se fueron perfeccionando las medidas de protección, máxime aun cuando a la luz de la reforma de la Constitución Nacional, aquellos derechos tutelados por una ley especial adquirieron raigambre constitucional.

Así las cosas, a la fecha, los derechos del consumidor se encuentran tutelados por una ley especial, cual es la LDC y sus modificatorias, con un vasto alcance y aplicación en la resolución de conflictos relacionados a las actividades comerciales de los consumidores; y por extensión a todos aquellos tipos de contratos con cláusulas predisuestas que puedan vulnerar los derechos de los consumidores en distintos tipos de relaciones comerciales.

Estos derechos asimismo gozan de protección constitucional, como consecuencia del alcance del art. 42 de la Constitución Nacional, con motivo de la reforma del año 1994. De su lectura surge que en los dos primeros párrafos se refieren a derechos conferidos a “consumidores y usuarios” vistos como los nuevos débiles en las relaciones contractuales; también incluye una serie de derechos y garantías, estableciendo además una serie de obligaciones para con el Estado; esto es proveer a la protección de los derechos del consumidor.

Finalmente insertos en una ley general, como es el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, con todo el alcance que ello implica.

Con toda esta protección el consumidor encuentra distintos medios por los cuales puede reclamar judicialmente la reparación de algún derecho eventualmente conculcado, sin dejar de considerar el ordenamiento previsto en la Ley 26993 destinada a la “Resolución de conflictos en las relaciones de consumo. Entre sus objetivos se encuentra la implementación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, propiciando la creación del fuero federal del consumidor.

Por lo expuesto podemos afirmar que más allá de la implementación de prácticas abusivas o la inserción de cláusulas abusivas en los distintos tipos de contratos, con todas las consecuencias que ello implica, el consumidor o usuario de bienes y servicios cuenta con una amplia disposición de ordenamientos legales que le permiten proteger sus derechos cuando éstos le fueren eventualmente conculcados.

Capítulo 4: Información y Publicidad.

4.1. Diferencias conceptuales.

En el desarrollo habitual de las relaciones de consumo, es lógico advertir la presencia de gran cantidad de material y formas publicitarias, ejecutadas por los empresarios y comerciantes, tendientes a la captación del interés del potencial cliente con el fin de que este adquiera o consuma bienes o servicios. Este es el ejercicio de una actividad lícita que, realizada dentro de los parámetros fijadas por las respectivas disposiciones, no debería representar ningún tipo de problemas para con la población en general, y eventuales consumidores, en particular; debiendo dejarse aclarado que la misma guarda una estrecha vinculación con el deber de información, el cual es un derecho elemental y básico del consumidor, el cual fue oportunamente incorporado en la Ley de Defensa del Consumidor.

Es preciso dejar establecido que etimológicamente el término “publicidad” proviene del latín, más precisamente del verbo “*publicare*”, que puede traducirse como “*hacer público algo*”. Es decir que se puede sostener que “publicidad” es el estado o cualidad de público, aquello que es manifiesto, visto o sabido por todos. A los fines de este estudio, el término se asocia a la divulgación de anuncios de carácter comercial, destinados a la captación de posibles consumidores o usuarios de bienes y servicios, apelándose a todos los medios que brinda la tecnología actual. Es de mera constatación la proliferación de medios y técnicas publicitarias destinadas a captar la voluntad de los potenciales consumidores, ejercidas en forma lícita, y que están direccionadas a estimular el consumo, determinando la conducta del público en general.

La información, término que proviene del latín “*informatio, -onis*”, es un conjunto de datos organizados acerca de algún suceso, hecho o fenómeno, que en su contexto tiene un significado determinado, cuyo fin es reducir la incertidumbre o incrementar el conocimiento sobre algo. Implica poner en conocimiento del otro, todas y cada una de las características del bien o servicio ofrecido, destacando sus cualidades y exponiendo las eventuales dificultades que puedan surgir como consecuencia de un uso inadecuado o sin observancia de las limitaciones propias de cada producto o servicio. Aplicando dicho concepto al objeto de estudio, debemos precisar que la información es aquel contenido

destinado a poner en conocimiento del consumidor de bienes y servicios, las cualidades, características, prestaciones, y demás condiciones y beneficios del producto o servicio a adquirir o contratar. Engloba todo ese conjunto de precisiones que le permiten conocer, a ciencia cierta, todas las cualidades del producto, tomando conocimiento de su verdadera función, aplicación y servicios que se le brindan.

Podemos entonces advertir en forma clara la diferencia entre los dos conceptos analizados; por su contenido y finalidad, la publicidad busca estimular en el consumidor la predisposición a la adquisición de un bien o servicio, direccionando al mismo a concretar la relación de consumo, es decir, trata de direccionar su conducta hacia la adquisición del bien o servicio ofrecido; mientras que la información debe tender a garantizar al consumidor las bondades del producto o servicio a adquirir, de manera de que le brinde la seguridad suficiente de que, al concretar la operación comercial, su interés se verá compensado con la calidad del producto o servicio adquirido, o sea, debe aportar al potencial adquirente información amplia, veraz, concreta, sobre las características y bondades del producto o servicio ofrecido.

Asimismo se pueden puntualizar algunas diferencias y comparaciones entre las normas relativas a la publicidad y el deber de información. Teniendo en cuenta su contenido y finalidad, la publicidad tiende a promover la adquisición del bien o servicio, en tanto que la información apunta a decidir la contratación; por su objetividad, la publicidad contiene elementos de carácter subjetivo con relación a las características y bondades de lo ofrecido en la contratación; mientras que la información es descriptiva y debe ser absolutamente objetiva; con respecto a los destinatarios finales existen posturas encontradas; tradicionalmente se sostuvo que la publicidad estaba orientada al público en general, más allá de su calidad de potencial consumidor o no; en tanto que la información, lógicamente, se brinda a aquellos que muestran total interés en la adquisición del bien o servicio ofrecido. Partiendo de la premisa de que “todos somos consumidores” optamos por establecer una equiparación en esta situación dado que ambos pasos se suceden sin solución de continuidad en la relación de consumo. Se debe remarcar que es necesaria una interacción directa entre los alcances de la publicidad y el deber de información que supone un marco de protección especial para el consumidor.

4.2. El deber de información en la relación de consumo.

Al comenzar el análisis del tema en cuestión, es necesario destacar que la información, prestada en forma debida y adecuada al consumidor, constituye una herramienta sumamente necesaria toda vez que le permitirá al mismo realizar una elección adecuada al momento de contratar; o, visto desde otra posición, el ocultamiento o distorsión de los elementos constitutivos del contrato de consumo, le llevarían a no celebrar el acto, dado que, de haberlos conocido adecuadamente, no habría efectuado contratación alguna. Damos por cierto que el deber de información se sustenta en el principio de buena fe que debe imperar en la fase formativa del contrato de consumo, y se direcciona a obtener un consentimiento cierto y total por parte del consumidor.

Es por ello que este deber de información debe ser un ejercicio de transmisión de datos ciertos, concretos, veraces. La transmisión debe ser detallada y suficiente, abarcando todos y cada uno de los aspectos que hacen a la complejidad del negocio a realizar, atendiendo, en cada caso y conforme a las circunstancias, a las cualidades personales e intelectuales del potencial cliente, teniendo como objetivo final de que éste pueda entender en forma cierta y acabada la totalidad del negocio o contratación a realizar. Es de destacar que este deber de información no se limita solo a la etapa formativa del contrato, donde se pretende obtener el consentimiento del consumidor, toda vez que un déficit marcado en este punto puede afectar tanto a la oferta como a la aceptación; sino que también debe prolongarse a posteriori de la formación del contrato, toda vez de que el comerciante o empresario debe poner en conocimiento del adquirente de productos o servicios, todas aquellas condiciones de uso del bien o producto adquirido, y cuáles podrían ser las eventuales consecuencias perjudiciales por un mal uso o uso inconveniente; dicho de otra manera, prevenirle al consumidor sobre los eventuales riesgos del uso indebido del producto adquirido.

Este deber de información es uno de los derechos de los consumidores que se encuentra tutelados en el artículo 42, primer punto, de la Constitución Nacional, cuyo texto dice:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.” (El subrayado me pertenece).

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> recuperado el día 30/06/2016

El deber de información es exigible a todo comerciante, en su calidad de proveedor, conforme a lo normado en el Art. 4 de la Ley 24.240, texto vigente según la reforma introducida por la ley 26.361, a la cual nos remitimos.

Finalmente este derecho también encuentra su protección en la normativa establecida en el Art. 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación, al cual nos remitimos por razones de brevedad.

En el mismo queda perfectamente establecido que el fundamento principal se sustenta en la necesidad de reducir aquella relación de asimetría en la que, objetivamente, se encuentra el consumidor con relación al proveedor, y que este deber de información trasciende el ámbito mismo del contrato de consumo y se extiende por toda la etapa de ejecución y la etapa post-contractual, de tal suerte de que aquella relación de asimetría no afecte la concreción del negocio al que aspira el adquirente. Al respecto se ha dicho que *“se debe hacer saber lo que es importante; lo es aquel dato que puede alterar la base del negocio, de modo que si se conociera no se contrataría, o se lo haría en otras condiciones”* (Lorenzetti, 2009, del comentario al Art. 1100 del CC. C., La Ley, Editor Julio C. Rivera).

En el comentario indicado se sostiene *“hay que destacar que el deber de información excede el ámbito del contrato de consumo y se expande hacia toda la relación de consumo, abarcando tanto la etapa precontractual, de ejecución del contrato y post-contractual”* (Stiglitz, 2009).

Finalmente se destaca que la información debe ser gratuita, procurando, en cada caso la accesibilidad a la misma, de acuerdo a las particulares condiciones personales e intelectuales del consumidor, en especial con relación a aquellas personas que presenten signos de discapacidad, de manera tal que pueda acceder a la comprensión acabada del acto negocial a concretar.

4.3. El ejercicio de la publicidad lícita, como medio de captación de clientes.

La disciplina de la publicidad constituye un campo de reciente exploración en el campo del Derecho. Téngase presente que en épocas pasadas no se advertía preocupación por la

relación que podría haber entre publicidad comercial y contrato, y que las normas se direccionaban solo a combatir los casos de competencia desleal.

El advenimiento de las nuevas realidades del mercado, propia de la masificación de bienes y servicios, el crecimiento constante de los núcleos poblacionales, la masividad de la producción que implica masividad en el consumo, lleva a replantear las actividades publicitarias, dirigidas a un universo cada vez mayor.

Ya dijimos que la publicidad tiene como objetivo principal hacer conocer a los potenciales clientes, sobre las características y bondades de los productos y/o servicios ofrecidos, con el solo fin de que estos accedan a su adquisición. Pero también, en muchos casos, más allá de ese objetivo fundamental, tiende a crear una necesidad ficticia en el consumidor, lo cual lo lleva a adquirir un producto, quizás innecesario.

Atento a ello cada comerciante articulará los medios que considere más convenientes con el objeto de lograr el resultado pretendido, con lo cual la actividad publicitaria se presenta de diversas formas. *“Puede decirse que en la composición intrínseca de las comunicaciones publicitarias se visualizan dos elementos básicos: persuasión e información. El anuncio contiene rasgos sugestivos (faz subjetiva) que actúan sobre el ámbito de lo irracional o subliminal; no se pretende convencer sino seducir. Luego la reiteración provoca en cada individuo el proceso motivador”* (D.H Zentner, 2016, p.124).

De suyo que toda actividad publicitaria tiene como único fin generar en el potencial consumidor, hasta ese momento indeterminado, la disposición a realizar el acto negocial, provocando un estímulo tal que, en determinadas circunstancias lo lleva a convencerse de la necesidad de la adquisición, aun cuando la misma no le sea realmente necesaria; a ello apunta uno de los elementos básicos de las comunicaciones publicitarias: “la persuasión”, que actúa sobre el individuo, direccionando su conducta en forma imperceptible, llevándolo a concretar la adquisición de un producto, hasta ese entonces innecesario. Esta actividad, más allá de que pueda parecer lo contrario, es totalmente lícita. Claro está que ello se deberá confrontar con lo determinado en el Art. 1103 del C.C. y C. (C. C. y C Comentado. RIVERA 2015), donde se determina en forma contundente de que *“las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente”*

En términos similares se plantea el mismo supuesto en el primer párrafo del Art. 8 de la Ley de Defensa del Consumidor.

“Lo cierto es que la actividad publicitaria, debe ceñirse a los principios rectores reconocidos: legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia, según los cuales: a) los anuncios deben adecuarse a los pilares básicos del orden jurídico; b) se deben evitar las falacias o deformaciones que induzcan a error o confusión; c) no son admisibles las manifestaciones ambiguas respecto de la verdadera existencia de una intención negocial (p.ej., publicidad disfrazada de información común), ya que impiden al consumidor posicionarse adecuadamente frente al anuncio y adoptar las reservas que no adoptaría ante cualquier otro tipo de comunicación, lo que también permite descartar la licitud de la publicidad subliminal, que oculta el mensaje y sorteja la percepción racional por parte del receptor; d) corresponde abstenerse de proferir todo tipo de deslealtades o difamaciones respecto de los demás competidores en el mercado”. (D.H.Zentner, 2016, p.138)

En definitiva, más allá de las distintas formas que adopten las actividades publicitarias, ya sea por medios escritos, radiales, televisivos o apelando incluso a las redes sociales, la misma deberá desarrollarse de manera de que, lo ofrecido por estos medios, se corresponda en forma verdadera con lo que efectivamente llega a manos del consumidor; es decir de que se verifique una absoluta correspondencia entre las cualidades ofrecidas y las que posteriormente se constatan en forma real y concreta, al momento de concretarse el acto negocial.

La distorsión de esta actividad será tratada en el punto siguiente.

4.4. Mal uso de la publicidad, Publicidad “engañosa”; “comparativa” y “abusiva” Su inserción en el Código Civil y Comercial.

En el punto anterior hicimos referencia al correcto uso de la publicidad y los medios que propician el acercamiento entre los fabricantes, proveedores de bienes y servicios y los potenciales clientes, finalmente consumidores. Ahora bien, debe considerarse que en muchas ocasiones esos parámetros de conducta no se cumplen en forma debida, incurriéndose en distorsiones que atentan contra la buena fe del consumidor.

Al respecto, y con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se recepta en el Art. 1101(CC y C Comentado. Rivera 2015) del mismo aquellas conductas que se encuentran prohibidas en el ejercicio de la actividad publicitaria.

Con respecto a la “publicidad engañosa”, la norma establece que se encuentra prohibida toda publicidad que “a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio”. La inserción de esta disposición encuentra antecedentes en los artículos 5 y 9 de la Ley de Lealtad Comercial, Ley 22.802, a la cual nos refiriéramos en ocasión de desarrollar el punto 1.2 Antecedentes en la Legislación Argentina.

Sostiene Lorenzetti que “no exige si quiera la producción efectiva del daño siendo suficiente que la publicidad pueda inducir a error, es decir que posea “identidad engañosa”. (Lorenzetti, 2009, p.189). Esta disposición hace referencia a aquellas pautas publicitarias que sean inexactas y que generen en el consumidor una expectativa diferente de la que hubiera tenido de conocerse la verdad de la propuesta recibida. También podemos incluir el ocultamiento de las verdaderas calidades y limitaciones del producto ofrecido, en la medida que afecten la libre decisión del potencial consumidor. Es decir, basta con que la conducta pueda inducir a error para que se dé el supuesto establecido en la norma, no siendo necesario probar la intención del proveedor.

Si bien es cierto que la norma no determina en forma específica a qué tipo de publicidad se refiere la misma, debemos entender que lo es a todo tipo de publicidad, sea cual fuere la forma en que se presente. Teniendo en cuenta de que la publicidad se dirige a la población en forma masiva, la doctrina en general considera que la real o potencial causación del daño debe verse en función de los parámetros de conocimiento de un “consumidor medio”; es decir considerando que la publicidad se direcciona al común de las personas.(Lorenzetti, 2009, p.189).

Con relación a la publicidad comparativa, el artículo en mención determina: “b) efectué comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor”. De su mera lectura surge que la publicidad comparativa se prohíbe en la medida en que conduzca al error del consumidor.

Ahora bien, siguiendo la lógica de la idoneidad dañosa del inciso a) el inciso en estudio no aclara si se exige que la comparación conduzca “hacia” el error o que conduzca “hasta” el error, exigiendo la obtención de un resultado concreto (dañoso). Aquí nos encontramos en presencia de la protección de un derecho de incidencia colectiva, y del principio del deber de prevención del daño (Art. 1710 del C.C. y C.), por lo que, entendemos, que bastará con que la comparación tenga idoneidad engañosa para que encuadre en la norma indicada. Es de destacar que las restricciones a la publicidad

comparativa provienen del derecho marcario, para los casos en los cuales la práctica lleva a valerse de la marca de un competidor para denigrarla.

A fin de aclarar el concepto, el uso de la publicidad comparativa, en tanto no sea engañosa, no se encuentra prohibida, en la medida en que se considera beneficiosa para el consumidor. Es más, la comparación efectuada en forma adecuada le brindaría al consumidor un mayor caudal de información cierta, concreta, valedera, y además pondría al proveedor en la obligación de producir una mayor y mejor exposición de sus productos con la inclusión de incentivos extras tendientes a la mayor captación de voluntades por parte de los consumidores.

Finalmente, en lo atinente a la publicidad abusiva, se establece: “*c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad*”. Conforme al derecho comparado, su fuente se encuentra en el art. 37, inciso “c” del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, (Art. 1101, CC y C Comentado. Rivera 2015), y se refiere a aquellas conductas direccionadas en torno a las motivaciones, sugerencias directas, creencias religiosas, de las personas a las cuales se direcciona, apelando al miedo o a la superstición de los interlocutores. La publicidad discriminatoria, puede referirse a cualquier situación de menoscabo de la persona, sea por su nacionalidad, raza o condición sexual. Nos exime de mayores comentarios.

El desarrollo del presente capítulo nos permite afirmar la importancia del buen uso de las técnicas publicitarias, dado que representan beneficios para todas las partes intervinientes en la relación de consumo. Para los fabricantes, proveedores y/o vendedores de bienes y/o servicios, representa la gran oportunidad de hacer conocer en forma acabada las características, bondades, costos y formas de pago de los productos que ofrece, propendiendo a captar el interés de los potenciales consumidores.

Al público en general, potenciales consumidores, les permite acceder a un conocimiento cierto, concreto y suficiente como para arribar a una posible decisión que lo lleve a concretar el negocio propuesto.

Con respecto a la información, que normalmente se articula en un segundo momento, cuando ya se encuentra en firme la posibilidad de realizar la operación de consumo, se advierte la necesidad de que la misma se ajuste a las pautas establecidas en los ordenamientos legales, de tal suerte que brinde al consumidor todo aquello que necesite

a fin de cerrar la operación en la seguridad de que accede al producto que se le brinda y en las condiciones explicitadas en la oferta.

Finalmente analizamos aquellas conductas publicitarias contrarias a derecho, que tienden a viciar la voluntad del consumidor. El mismo ordenamiento legal determina una serie de medidas que tienden a reparar los daños que las mismas ocasionen. Al respecto, al abordar las conclusiones de este estudio, retomaremos el tema aportando los visos de solución que, creemos, corresponden a cada caso.

Capítulo 5: Vigencia de las normas protectorias en el Derecho de consumo.

5.1. Los derechos del consumidor en el C.C. y Comercial de la Nación.

De suyo que la Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24240, y modificatorias, condensa la mayor cantidad de regulaciones tendientes a la defensa del consumidor en el decurso de la vida diaria; su sola mención nos exime de mayores comentarios.

Ahora bien, con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, (CC y C Comentado. Rivera 2015), se puede advertir que desde su mismo inicio, el Derecho de consumo está presente.

Así, en el art. 7° se hace mención a la eficacia temporal de las leyes. En el último párrafo del mismo determina que “las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en la relación de consumo”. Se entiende que al tratarse de una relación de consumo, en especial cuando el contrato es de duración, se da por cierto descartar la presunción de una voluntad común sobre la remisión a las normas supletorias vigentes. Se presume que la nueva ley tiende a mejorar a la anterior o derogada y que la voluntad del legislador es sancionar aquel instrumento que signifique un cambio razonable que implique una mejora en la relación social del individuo. Por ello es lógico admitir que en el caso de los contratos de consumo en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando las mismas sean más favorables al consumidor, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia.

El art. 11 disciplina el abuso de la posición dominante en el mercado; téngase en cuenta que este principio parte de la presunción de que siempre alguien domina a otro.

En el art. 14 prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos cuando puedan dañar el ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general; por ejemplo los que surgen de las relaciones de consumo.

En el Libro III, Derechos Personales, Título 2°, encontramos los arts. 984 al 989, en los cuales se regula sobre los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas.

En los arts. 1073 al 1075 se regula sobre los contratos conexos.

En el Título III, Contratos de Consumo, en sus cuatro capítulos, entre los arts. 1092 al 1122, se tratan distintos tópicos relativos al derecho del consumo, ya en materia de relación de consumo como de formación del consentimiento, modalidades especiales y cláusulas abusivas.

Con la inserción de la codificación de parte del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial, hasta ahora solo existente en la ley especial, se logra la concreción de un sistema tuitivo de mayor estabilidad en relación a la de las leyes especiales, constituyendo un segundo anillo de protección de aquellos derechos del consumidor; si bien es cierto no incorpora la totalidad de las reglas de protección, suple deficiencias de la ley 24240, regulando aquellos institutos que no se encontraban en la LDC y tampoco habían sido abordados por la Ley 26361, tales como la “teoría general del contrato”, “contratos de consumo”, etc.

A modo de síntesis podemos afirmar que la regulación inserta en el Código Civil y Comercial, en el desarrollo de los distintos artículos mencionados, constituye una medida de protección sumamente eficiente a favor del consumidor, dado que, amén de la Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24240 y modificatorias, cuenta con la protección inserta en la Ley general, con lo cual la interacción entre ambas normas siempre se va a presentar como un doble sistema de protección a favor del consumidor, siempre considerado como la parte más débil en la relación de consumo. Entonces, ante la presencia de alguna actividad que conculque los derechos del mismo, este cuenta con la protección, tanto de la ley especial como la de la ley general, que deberán ser puestos en actividad por el perjudicado, mediante las acciones que la misma ley prevé.

5.2. Análisis comparativo con la Ley 24.240, y modificatorias.

Con la sanción de la Ley 26994, por la cual entra en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se advierten diferencias que alteran la vigencia de algunas normas de protección que contenía la LDC y sus modificatorias. De suyo que pretender el análisis de todas y cada una de las normas que de alguna manera modifican o alteran aquellas medidas protectivas es un trabajo que excede la pretensión de este estudio. Por ello nos limitaremos a analizar aquellos artículos que afectan en forma sensible y directa los derechos de los consumidores en las relaciones de consumo.

En este punto vale destacar, en primer lugar la sustitución del art. 1° de la LDC, por el nuevo texto, donde se advierte la supresión de la figura del “consumidor expuesto”, como

aquel que “de cualquier manera este expuesto a una relación de consumo”. Recuérdese que hasta la reforma del año 2008, el derecho de usuario y consumidores sostenía una ampliación de los sujetos amparados, superando incluso la postura original de la ley que solo consideraba consumidor al adquirente a título oneroso. Esta modificación, sin duda alguna, significó un gran retroceso en la protección de los derechos de los consumidores, tema sobre el cual ya nos hemos referido oportunamente.

Otra reforma, a nuestro criterio perjudicial para la protección del consumidor, se observa en la reforma del art. 8° de la Ley 24240, cuando, en su nueva redacción de suprime la parte que decía “... y se tiene por incluida en el contrato con el consumidor..”; con lo cual, a la luz de la nueva redacción pareciera constituir un contrasentido toda vez que el propio código circunscribe la relación de consumo al contrato de consumo, generando una posición de retroceso, restándole protección en un momento previo a la concreción de la relación de consumo, momento en el cual el potencial consumidor puede encontrarse más indefenso ante la propuesta publicitaria, dado que el mismo toma por cierto todas y cada una de las formulaciones indicadas en cada publicidad.

Otro punto a analizar es la modificación de la figura del daño directo”. Se debe recordar que con la reforma del año 2008, por la ley 26.361, se modifica la ley 24.240, incorporándose el artículo 40 bis, con el instituto del “daño directo”, constituyendo una novedad en materia de reclamos, ya que, hasta ese entonces, las propuestas de los proveedores ante reclamos de consumidores afectados, generalmente se limitaban a recomponer, en parte, el daño ocasionado, prescindiendo de otros gastos en que pudiese haber incurrido el reclamante, tales como intimaciones, honorarios de letrados, etc., generando una suerte de satisfacción a medias, todo ello en etapa conciliatoria. De llevar el caso al plano administrativo, el poder administrador solo podía aplicar, llegado el caso, una sanción, que podía significar una especie de amonestación y en algunos casos una multa. La reforma del año 2008 propicio una nueva forma de acceder a reclamar todos y cada uno de los rubros que conformaban el hecho dañoso. Es preciso admitir que esta figura fue objeto de muchas críticas dado que se sostenía que adolecía de serias imprecisiones, lo cual no deja de ser cierto; por ejemplo le permitía al afectado realizar el reclamo administrativo en forma gratuita, manteniendo intactas las posibilidades de obtener un resarcimiento económico, ya sea limitado, aun cuando la afectación no hubiere sido sobre cosas materiales, sino sobre cuestiones anímicas, pérdidas de tiempo, etc.; lo cual motivo su escasa aplicación por la autoridad administrativa y su escasa difusión para

conocimiento de los consumidores en general. Con la nueva redacción, culmina la discusión existente sobre el alcance de la norma, quedando reducido el reclamo al daño material en el bien o bienes objeto de la propia relación de consumo, relegando a la vía judicial cualquier otro tipo de reclamo en torno a dicha relación. También podríamos considerar a esta medida como regresiva, por la posición en que queda el consumidor ante cualquier situación de derecho conculcado.

5.3. Tutela del art. 42 de la Constitución Nacional. Su incidencia.

Conforme a lo desarrollado, podemos advertir en forma clara que la protección de los derechos del consumidor se verificaba a la luz de la vigencia de la Ley 24.240 LDC y sus modificatorias, existiendo distintas normas dispersas en el Código Civil vigente a ese momento orientadas en igual sentido. Si bien es cierto toda esa normativa propendía a la protección del consumidor, en su carácter de parte débil en la relación jurídica, surgía la necesidad de obtener una tutela mayor que se constituyera en un valladar inexpugnable y que permitiera la protección con mayor seguridad.

Sin pretender realizar un revisionismo histórico, es necesario puntualizar que la Constitución Nacional de 1853/60, consagró en el art. 14 la libertad de comercio; lo que presuponía la igualdad de las partes en las relaciones comerciales, Rápidamente, la propia evolución de la sociedad, el predominio del capital sobre el resto de los integrantes de la sociedad, etc., permitió constatar que era una falacia, toda vez que el consumidor, más allá de estas pretensiones, siempre se encontraba en situación de indefensión y resultaba perdidoso en esta situación.

El llamado “constitucionalismo social” surge ante la necesidad de lograr un equilibrio real en aquellas situaciones donde se verifican, sin más, una verdadera situación de desequilibrio entre las partes, en las cuales, lo decimos una vez más, el consumidor resulta perdidoso.

Podemos afirmar, sin temor a equivoco alguno, que el derecho de los consumidores, ha tenido un marcado desarrollo en los últimos tiempos. Recuérdese que antes la protección lo era hacia el acreedor, y en la actualidad, en un giro de 180 grados, la misma se orienta hacia el consumidor; lo cual se verificó en el surgimiento de leyes, doctrina y

jurisprudencia direccionada hacia el amparado de los derechos de los consumidores y/o usuarios de bienes y servicios.

Sin duda alguna que la necesidad de este mayor reconocimiento se verifica con la inclusión, en el art. 42 de la CN, de una garantía cierta de los derechos de los usuarios y consumidores a una protección no solo desde el punto de vista legal, sino también de lo administrativo, con pautas concretas en orden a los procedimientos necesarios para la solución de los conflictos que, eventualmente, pudieran suscitarse.

La reforma constitucional del año 1994, en la redacción del art. 42, tiende a recomponer esta situación; realizaremos un análisis del contenido del art. 42 de la Constitución Nacional, al cual nos remitimos por razones de brevedad.

De la lectura del mismo surge que los dos primeros párrafos se refieren a los derechos que les corresponden a los consumidores y usuarios de bienes y servicios, caracterizados como los componentes más débiles de las relaciones contractuales. De esta manera el Estado asume una posición netamente tutelar en favor de los consumidores, contrarrestando aquella situación de debilidad en la que se encuentran cuando realizan contratos de adhesión, a los que se ven obligados a someterse sin poder fijar su propia posición.

En el primer párrafo se incluyen derechos y garantías, entre los cuales se destaca el derecho a la vida, derecho a la salud; protección de la seguridad e intereses económicos de los consumidores, que son obligaciones inherentes al poder de policía del Estado.

En el segundo párrafo se establece una neta obligación del Estado: proveer a la protección de los derechos del consumidor, frente a las maniobras que pudieren realizar los proveedores de bienes y servicios, en especial mediante la presencia de monopolios y oligopolios; a la educación para el consumo, que debe ser formal por parte del Estado e informal a través de los medios de comunicación, orientada principalmente a las asociaciones de consumidores, empresarios y al propio Estado. La finalidad de estas actividades de educación del consumidor en relación a los derechos que les son propios tiende a lograr, más allá del conocimiento en sí mismo, crear un sentido crítico del consumidor.

Con relación al reconocimiento de la existencia de monopolios, creemos que esta expresión es en poco feliz, dado que, en lo que se considera economía de libre mercado,

se termina aceptando la presencia de monopolios; más allá de que en la prestación de ciertos servicios públicos, los mismos lo sean por parte del Estado.

En la última parte del artículo se establecen la existencia de procedimientos para la prevención de conflictos que pudieren suscitarse entre los proveedores de bienes y servicios y los consumidores, estableciendo la obligación del Estado, en el ejercicio de su poder de Policía para intervenir en los mismos. Finalmente se propende a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios y de las distintas provincias, interesadas en la participación de los organismos de control; aunque en la práctica no pase de ser considerada una mera expresión de deseo, por las dificultades que representa su implementación, pudiendo considerarse que solo sirven para afirmar principios protectivos que solo quedan en la mera expresión semántica, pero lejos de significar auténticas normas operativas.

5.4. Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de consumo.

Sabemos que el derecho del consumidor se encuentra en una permanente evolución y actualización; ello como una respuesta jurídica a diversos aspectos que se plantean en la relación de consumo, y en especial con respecto a aquellas situaciones donde se presentan abusos con relación a la figura de los consumidores. Esa figura que implica el ejercicio permanente del rol de consumidor, en el cual de una u otras manera, nos encontramos incluidos todos los individuos por la mera participación de las actividades cotidianas y por la mera inserción en una sociedad determinada.

Ya vimos como esa categorización de consumidor se encuentra protegida por la Constitución Nacional y por las leyes. La evolución sobre la que nos expresáramos “ut supra” se manifiesta tanto en el derecho comparado como en la propia legislación de nuestro país. Desde la irrupción de la ley 24.240, LDC, en el año 1993, continuando con los arts. 42 Y 43 de la reforma constitucional del año 1994, siguiendo con diversas reformas a la LDC, como la Ley de Tarjetas de Crédito; el Marco Regulatorio de la Medicina Prepaga y distintas modificaciones en el texto original de la LDC, no permiten sostener en forma clara que las mismas tuvieran una real incidencia en el ámbito de la tutela procesal.

Con la sanción de la Ley 26.361 se produce un importante avance sobre el escenario de las acciones judiciales, tanto individuales como colectivas, al punto que la mayoría de las acciones entabladas en distintos tribunales se sustentan en base a los lineamientos de la misma. Obviamente que ello no representó la solución definitiva, dado que poco a poco se fue advirtiendo una marcada falta de celeridad en la resolución de los conflictos , al punto tal que se fueron planteando distintos artilugios tendientes a la dilación de los procedimientos, llegando a la realidad de tener que esperar muchos años para arribar a una solución definitiva, lo cual, obviamente, atenta contra la posibilidad de acceder a un sistema ágil para la resolución de los conflictos suscitados entre las partes, y desanima a aquellos consumidores que, por distintos motivos, ven vulnerados sus derechos..

Con esta realidad, y con el objeto de aportar una solución concreta a todas estas dificultades, con fecha 17 de septiembre del año 2014, se produce la sanción de la Ley 26.993, de “Resolución de conflictos en las relaciones de consumo”.

Se trata de una ley de rito que se aplicará en todo el territorio de la nación para la resolución de conflictos.

Determina la competencia para la especialidad en las causas referidas a las relaciones de consumo de la ley 24240, remitiendo a ella para las distintas clasificaciones en los arts. 1, 2 y 3 que hace la ley sobre consumidor jurídico, fáctico, subconsumidor equiparado o expuesto, como así también sobre consumidor inmobiliario (art. 67), consumidor de créditos (art. 68), consumidor de seguros (art. 69) y consumidor bancario, siempre que pueda por la ley 24240 configurarse una relación de consumo.

Es requisito para que se configure la competencia que las relaciones de consumo acreditadas no superen el tope máximo de un cálculo estimativo fijado en 55 salarios mínimos vitales, en cuyo caso de superarse este monto, la ley establece para su aplicación, que debe seguir la vía de los tribunales ordinarios de competencia civil y comercial.

Para tal efecto de aplicación de la presente ley se crean 8 juzgados de primera instancia en capital federal, una cámara de apelaciones de las relaciones de consumo (ART.45) con dos salas que funcionarán como tribunal de Alzada, 3 fiscalías y tres defensorías públicas.

La competencia es a elección del consumidor, que puede optar por el juez del lugar donde se realizó el consumo o uso, el juez del domicilio del consumidor, el juez del domicilio del demandado o el juez del domicilio especificado en la garantía del producto.

Sabemos por imperio de la CN que esta es una potestad de las provincias no delegada a la nación por lo que serán competentes los jueces según las leyes locales.

Esta ley de procedimiento para la resolución de conflictos está basada en principios procesales de celeridad, Inmediación, Economía procesal, oralidad, gratuidad y protección a los consumidores, destacando que se trata de un procedimiento abreviado, cuyo máximo temporal es de 60 días. No se pretende realizar un análisis pormenorizado del contenido de la ley, pero si es necesario destacar aquellos aspectos fundamentales que sustentan las acciones necesarias tendientes a la defensa de los derechos conculcados a los consumidores y usuarios de bienes y servicios; lo cual se ha pretendido en esta apretada síntesis.

Llegando a la parte final de este Capítulo, se considera necesario realizar algunas consideraciones a modo de cierre.

En un primer momento analizamos la inserción, en el nuevo Código Civil y Comercial, de distintos artículos que se orientan en forma decidida a tutelar los derechos de los consumidores en la relación de consumo; y de qué manera la inserción de parte del derecho del consumidor en el nuevo CC y C permite interactuar con la ley especial, constituyéndose en un doble sistema de protección a favor del consumidor; supliendo algunas deficiencias de la Ley 24.240.

Seguidamente se abordó un análisis comparativo de las modificaciones de la LDC a partir de la vigencia del nuevo CC y C, y de qué manera esas modificaciones perjudicaron al consumidor en el ejercicio de sus derechos, en particular en aquellos aspectos más sensibles y preocupantes; tales como la supresión de la figura del consumidor expuesto; la modificación de la figura del daño directo, etc.

Al desarrollar el contenido del art. 42 de la CN, con motivo de la reforma del año 1994, nos permitió verificar de qué manera, aquellos derechos del consumidor tutelados en la ley especial, adquieren rango de protección constitucional, constituyendo, hasta ese entonces, un doble sistema de protección.

Finalmente abordamos aquellas disposiciones fundamentales de la Ley 26.993, Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo, haciendo hincapié en las disposiciones relacionadas en forma directa con la resolución de los conflictos verificados en las relaciones de consumo.

Conclusiones:

Al comenzar el desarrollo de las conclusiones de este trabajo, debemos señalar que, la relación de consumo, entendida como el intercambio de bienes y/o servicios entre dos individuos distintos comenzó a desarrollarse junto a la integración del hombre en comunidades distintas a las de las primitivas organizaciones familiares y/o tribales, donde la coordinación de trabajos entre todos los integrantes de dichos núcleos sociales, tenían como objetivo la satisfacción de las necesidades de las mismas comunidades.

Los conceptos de “relación de consumo”, “consumidor” y “derechos de los consumidores”, con el alcance que hoy le podemos asignar, se fueron elaborando a través de los tiempos, conforme la misma sociedad iba mostrando signos de evolución. Téngase presente que, en épocas pasadas, los núcleos poblacionales se conformaban alrededor de la figura del señor feudal o del monarca que, valiéndose de una autoridad suprema y/o divina, dictaba las normas de convivencia a las que, necesariamente debían ajustarse sus súbditos, y en las cuales no se advertían en forma clara, la valoración del consumidor como sujeto merecedor de alguna forma de protección. Es más, la protección, de existir, protegía a los comerciantes, en la mayoría de los casos, por la mutua relación de intereses existentes entre éstos y los gobernantes.

Como ya dijimos, en forma paulatina, y respondiendo a la propia evolución de la sociedad, se comenzó a darle valor a la relación comercial, estableciendo las obligaciones existentes entre las partes involucradas.

El Derecho Romano establece las primeras reglas orientadas a la protección del comprador de buena fe; posteriormente, con la misma evolución de la sociedad, y en el transcurso de la Edad Media, se van generando las primeras normas que dan lugar a la creación del Derecho Comercial, el cual estaba orientado en forma exclusiva al tráfico de mercancías entre comerciantes; es decir, circunscripto a una sola categoría de individuos; sin advertir la presencia del adquirente como sujeto individual. En los países anglosajones, en el Derecho Común inglés del siglo XVII imperaba la doctrina del “caveat emptor”, frase latina que sintetizaba el pensamiento de esa época: “cuidado por parte del comprador”, o “el comprador asume el riesgo”. En el Código de Napoleón se sienta el principio “pacta sunt servanda”, término latino atribuido al jurista Ulpiano que significa “que los acuerdos entre partes deben cumplirse”. En el derecho occidental

moderno se arraigan aquellos principios de la revolución francesa; considerando a todos los hombres iguales, razón por la cual las relaciones e protección debían desarrollarse en un plano de absoluta igualdad; situación que no era del todo real.

En el derecho comparado se observan los primeros actos de reconocimiento del consumidor, como merecedor de tutela, ya con el tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en el año 1.957, como en la década del 60 del siglo pasado, con motivo del discurso del entonces presidente de Estados Unidos, Jhon F. Kennedy, donde se produce el pleno reconocimiento de la figura del consumidor y merecedor de la correspondiente tutela jurídica. Esto motivo que distintos países del mundo, en forma paulatina, fueran advirtiendo la necesidad de reconocer, en las relaciones comerciales la realidad de las relaciones de consumo, individualizando a las partes intervinientes y, fundamentalmente, reconocer las obligaciones y los derechos que a cada quien les corresponde; legislando sobre la materia, situación que incluso se verifico en grandes organizaciones internacionales, tales como la ONU o la OEA.

Todo este movimiento a favor del reconocimiento de la figura del consumidor y del respeto a sus derechos también tuvo su correlato en nuestro ordenamiento jurídico ; en el año 1920, bajo la presidencia de Hipólito Irigoyen se sanciona la Ley de Emergencia 11.157 ; una ley que determina fijación de precios máximos, configurando la primera medida de protección para con los consumidores; constituyendo el punto de partida del dictado de distintas leyes que, sin estar directamente direccionadas al consumidor, establecían normas de protección en forma indirecta pero que, a su vez, sirvieron para ir prefigurando la necesidad de la creación de un sistema de protección específico destinado al consumidor ; hasta llegar al dictado de la Ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor, con la cual comienza un marcado pronunciamiento legislativo en torno al derecho de consumo. Este ordenamiento va siendo afianzado con las reformas sucesivas de las que fuera objeto la primitiva ley, hasta llegar a su consolidación con la protección constitucional del art. 42 de nuestra Carta Magna, y la posterior inclusión de los mismos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

La LDC y sus modificatorias, no solo definen la figura del consumidor propiamente dicho, sino también aquella innovación conceptual con la definición del “consumidor expuesto” o “by stander” y los alcances de la relación de consumo. Estas conceptualizaciones trascienden el campo de la semántica, propiciando una clara definición de tales figuras, siendo insertadas en esta nueva disciplina del derecho civil,

como es el derecho de consumo, configurando un sistema protectorio de sus derechos con motivo de las relaciones de consumo que efectúe en el devenir de su vida diaria; estableciendo pautas concretas en todas y cada una de las actividades, ya las previas donde es sometido a pautas publicitarias que tienden a orientar su conducta, como en el mismo acto de concreción de la relación contractual, y aun en aquellas obligaciones que subsisten con posterioridad al negocio en sí mismo.

Hemos señalado que en la propia LDC se determinan, por ejemplo, normas referidas a la formación del consentimiento, donde las partes intervinientes en la relación de consumo acuerdan la forma más conveniente para ambos en su concreción; más aún cuando el mismo se plantea en los términos de contrato con cláusulas predisuestas, donde sólo se concreta a través del asentimiento por parte del comprador, donde solo le quedan como alternativas acceder o no al negocio propuesto ; con el riesgo de que se ejecuten prácticas contrarias al buen orden y se pudiesen insertar cláusulas de las llamadas “abusivas”.

Con igual alcance se realizó un análisis del ejercicio de la actividad de información y publicidad, representando todas aquellas actividades previas y que se orientan a captar la voluntad del potencial consumidor. Se marcaron en forma clara aquellas actividades realizadas con absoluta licitud, las cuales no presentan dificultad alguna, en la medida en que se ajusten a derecho; de aquellas otras que, al alterar los modos correctos de realización, vician la voluntad del consumidor, al confundir las bondades y realidades del negocio propuesto, confundiendo los alcances de la operación a concretar.

De suyo que el ser humano, falible, imperfecto y muchas veces orientado a la ejecución de conductas opuestas al orden establecido, puede, con sus actos, ir en contra de aquellos principios enunciados en los respectivos ordenamientos legales, transgrediendo las normas orientadas a la realización normal y habitual de las relaciones de consumo.

Es de constatación diaria la innumerable cantidad de actos, ejecutados en medio de las relaciones de consumo, en las cuales se verifican violaciones de las normas prefijadas por parte de los proveedores o comerciantes en el ejercicio de sus actividades ordinarias, en las cuales el consumidor se ve vulnerado en sus derechos, sin saber, a ciencia cierta, cuál debe ser el procedimiento que le permita resolver la problemática de la mejor manera posible, procurando el restablecimiento de aquellos derechos conculcados. Como ya

dijimos, y lo sostendremos hasta el cansancio, el consumidor, en su condición de débil en la relación jurídica, al ver avasallados sus derechos, por ignorancia o desconocimiento de las normas protectivas, termina asumiendo con sana resignación su situación de perdedor, sin intentar ninguna acción que le permita recomponer aquella circunstancia perjudicial.

En este supuesto, el ordenamiento jurídico sale en defensa del mismo poniendo en movimiento todos y cada uno de los mecanismos existentes en las previsiones legales para componer ese orden subvertido.

De suyo que cada situación, de las innumerables que pueden plantearse, merecen su análisis particular y circunstanciado para poder determinar, en primer lugar si el caso planteado amerita un perjuicio a los derechos del consumidor, para seguidamente analizar las circunstancias detalladas de cada caso, y poder accionar en consecuencia.

En ese orden de ideas debemos acudir al auxilio del derecho para poder definir el ordenamiento legal que nos permitirá articular las medidas de defensa correspondientes.

A tal fin, y conforme a lo normado en el artículo 1094 del Código Civil y Comercial de la Nación -en vigencia - (CC y C Comentado, RIVERA, 2015), se determina que “las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable”; agregando de que “en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.” La simple lectura del contenido del artículo de mención nos permite inferir que su contenido guarda correlato con los artículos 41 al 43 de la Constitución Nacional.

La primera parte establece dos criterios de interpretación y aplicación de las normas que regulan las relaciones de consumo; ellos son el principio protectorio y el del acceso al consumo sustentable. El principio protectorio alcanza todas y cada una de las relaciones de consumo en las que intervienen los consumidores; su justificación se sustenta en la realidad de que, como hemos venido sosteniendo hasta el hartazgo, el mismo se encuentra en desventaja con relación a los comerciantes y/o proveedores en el mercado; dado que se presenta en situación de inferioridad, tanto de conocimiento técnico como con menor posibilidad de acceso a un asesoramiento jurídico; carece de poder de negociación frente a la capacidad de los comerciantes, sumamente capacitados para tal fin; y la necesidad imperiosa o no de adquirir el producto o bien buscado, aun en las condiciones enunciadas.

Ante ello, este principio, que resulta una proyección del principio de “favor debilis” y de la norma del art. 42 de la CN, sale en auxilio del consumidor.

Pero dijimos que en este artículo encontramos otro principio, el del acceso al consumo sustentable, el cual establece una vinculación entre el derecho del consumidor, el acceso o a bienes básicos y el derecho ambiental. Es más, conforme a las Recomendaciones de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, en su capítulo sobre el consumo disponible, dispone en la cláusula 42 que “consumo sostenible significa que las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes y futuras se satisfacen de modo tal que puedan sustentarse desde el punto de vista económico, social y ambiental” (Comentario del art. 1094 CC y C Comentado – Riviera – 2015).

Citando a Stiglitz, dice Lorenzetti que “el derecho de acceso al consumo es una prerrogativa primaria de los consumidores, frente a los empresarios y al propio Estado, pues es menester, previo a todo, que los gobiernos garanticen a todos los sectores de la población su participación en el mercado” (Lorenzetti, 2009). Podemos sostener que este derecho debe operar especialmente en aquellos casos relacionados a las necesidades básicas, como por ejemplo servicios públicos básicos, vinculados en forma directa con la supervivencia de las personas en condiciones de dignidad. De suyo que la vulneración al derecho de acceso al consumo puede verificarse en distintas situaciones y por distintos motivos, tales como la interrupción de un servicio básico para quien ya resulta consumidor; por razones de discriminación o por razones económicas, ante la imposibilidad de pago.

Finalmente la última parte del artículo en comentario determina el orden de prelación normativa para casos de duda en la interpretación del CC y C, remitiendo a los criterios del art. 963 del CC y C. El mismo fija taxativamente que, ante la duda de cómo se deben aplicar las leyes se deben tener en cuenta, en primer lugar, las normas indisponibles de la ley especial y de este Código; en segundo lugar las normas particulares del contrato; luego las normas supletorias de la ley especial y finalmente las normas supletorias de este Código.

Esto nos permite sostener que siempre, en primer lugar, habrá que acudir a lo dispuesto en la ley especial, esto es la LDC. Sabemos que su aplicación a través de los años y sus distintas modificaciones, ya convenientes a los intereses de los consumidores, ya opuestas a los mismos, motivo un arduo debate sobre sus alcances y disposiciones , generando una

amplísima jurisprudencia en torno a todos y cada uno de los casos y circunstancias que debieron resolverse en los tribunales. En innumerables casos se aplicaron sus disposiciones, haciendo mención a la protección especial, que con su dictado, motivo la reforma de la CN del año 1994, con el contenido del art. 42 y concordantes.

En este punto, y a la luz de la normativa vigente, podemos sostener que en lo atinente a la resolución de aquellos conflictos relacionados con la verificación de prácticas abusivas y de la inserción de cláusulas abusivas en los contratos; como aquellas derivadas del mal uso de la información y de la publicidad dirigida a los potenciales consumidores, que son las de mayor habitualidad en cuanto a su verificación, no debería generar mayores dificultades, por cuanto se cuenta con toda la disposición de las normas legales, ya insertas en la LDC, ya respaldadas con su tutela especial en la CN, y también insertas en las normas del CC y C; sin dejar de lado la consideración del auxilio de la Ley 26.993, de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo. Ello no significa de que los casos de esta naturaleza sean de fácil resolución; sólo destacamos que con respecto a los mismos se cuenta con amplias disposiciones en las normas legales en vigencia orientadas a su resolución.

En consecuencia, y atento a todo lo hasta aquí expuesto, surge que queda como elemento de discusión la defensa de los derechos del “consumidor expuesto” o “by stander”, cuya figura fuera desplazada, sin más, de la LDC, con motivo de la entrada en vigencia del nuevo CC y C de la Nación, el que, con la respectiva reforma, excluyó de la tutela de protección al mismo.

De suyo que ello no significa la eliminación de la figura mencionada. No se puede colegir que, por imperio de la vigencia de cualquier norma jurídica, la realidad imperante se va a transformar de manera tal que produzca la extinción de lo existente. Dicho de otra manera, aun cuando el ordenamiento jurídico se empeñe en negar la existencia de un sujeto digno de protección jurídica, el mismo va a seguir existiendo por más que la norma jurídica pretenda hacerlo desaparecer por imperio de la propia ley.

Atento a ello es de conocimiento diario que todas las personas que se encuentran insertos en la vida en sociedad, en determinados momentos se encuentran involucrados en relaciones de consumo, ya sea que su participación lo sea en forma directa, accidental o por la mera exposición circunstancial en el desarrollo de la misma. En esos momentos podemos vernos involucrados como meros “consumidores expuestos”, y por ello,

eventualmente podremos sufrir consecuencias no deseadas. Llegado este hecho advertimos que en parte, algunos de nuestros derechos se han visto afectados, con un mayor o menor perjuicio, que deberían ser merecedores de la correspondiente recomposición, más aun cuando nos produce algún perjuicio económico.

Atento a que, como ya dijimos, la figura del “consumidor expuesto” fue excluida de la LDC en vigencia, por medio de la reforma introducida con motivo de la sanción del nuevo CC y C de la Nación, parecería que nos encontramos en un callejón sin salida y sin poder dar una solución adecuada a la eventual situación que se nos plantee. Entonces, y conforme a la misma norma determinada en el art. 963 del CC y C, donde nos indica la norma de prelación de las leyes, debemos concluir que, en la situación planteada, nos queda como recurso la aplicación de la LDC, en su primigenia redacción de la Ley 24.240, con la reforma introducida por la Ley 26.361, donde se presenta la mayor protección al “consumidor expuesto”; ello por la regla que nos permite aplicar la norma que beneficie en mayor grado al consumidor. No debemos dejar de considerar, llegado el caso y con el fin de abundar en argumentos que sustenten la defensa del caso, la innumerable jurisprudencia al respecto, dictada por distintos tribunales de la Nación, como asimismo la de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.

LISTADO DE BIBLIOGRAFIA.

1. DOCTRINA.

- CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION – Comentado – JULIO CESAR RIVERA, GRACIELA MEDINA –Editores. MARIANO ESPER – Coordinador. THOMSON REUTERS – LA LEY – 1º Edición, 2º Reimpresión. 2015. BUENOS AIRES. ISBN 978-987-03-2765-3
- RESOLUCION DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO. Ley 26.993 – Análisis y Comentarios. Disposiciones del Código Civil y Comercial. Teoría y Práctica. MARCELA NOVAK. EDICIONES JURIDICAS - Fecha de catalogación 09/04/2015 – BUENOS AIRES. ISBN 978-950-758-134-2.
- INCIDENCIAS DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL – CONTRATOS DE CONSUMO – CARLOS E. TAMBUSI. HAMMURABI – JOSE LUIS DEPALMA – Editor –1º Edición –1º Reimpresión 2.015–BUENOS AIRES. ISBN 978-950-741-700-9.
- DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO – DANIEL R. VITOLO – Editorial AD-HOC 1º Edición – BUENOS AIRES 2015. ISBN 978-987-745-008-8.
- DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO – FARINA, JUAN M. -Editorial ASTREA – 4ª. Edición, 3ª. Reimpresión. 2014. Buenos Aires. ISBN R 978-950-508-830-0
- CONTRATO DE CONSUMO – ZENTNER, DIEGO HERNAN. Editorial LA LEY- 2ª. Edición Actualizada y ampliada. 2016. Buenos Aires. ISBN 978-987-03-3047-9
- DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO – ILDARRAZ – ZARZA MENSAQUE – VIALE. Ediciones EUDECOR – Primera Edición. 1999. Córdoba ISBN 987-9094-66-2
- “Evolución y Actualidad del Derecho del consumidor en Argentina y el Mercosur” PABLO MARTIN TRUSCELLO – Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales – Recuperado de www.uces.edu.ar el 20/04/2016.

- DAVID, M. (2006) – Defensa de los consumidores y usuarios en el derecho nacional- Primera Parte: Origen y evolución social y legal del derecho de los consumidores y usuarios - El Dial.com - Suplemento del Derecho del Consumidor. 3/3/06. Recuperado de <https://www.eldial.com/nuevo/suple-consumidor.asp>. El 30/06/2016.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, (2015) – “La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina -Revista LA LEY- Buenos Aires-Argentina.
- ALTERINI, ATILIO A. “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada. PICASSO, SEBASTIAN – VAZQUEZ FERREYRA, ROBERTO (Dir.) LA LEY – BUENOS AIRES 2009 – TOMO I.
- LORENZETTI, RICARDO L. “Consumidores” Rubinzol Culzoni – Editores. Buenos Aires, 2009.
- Carta Europea de Protección de los Consumidores. Resolución N° 543/73, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, del 17 de mayo del año 1.973. Recuperado el día 30/06/2016 de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1058992.pdf>
- Directrices de Naciones Unidas sobre la Protección del Consumidor. Ampliación de las Directrices para la Protección del Consumidor de manera que incluyan Directrices sobre Modalidades de Consumo Sostenible. Resolución N° 39/248. Recuperado el día 30/06/2016 de <http://www.ceadu.org.uy/documentos/Directrices> de _NU_ sobre_ protección _ del Consumidor.pdf
- Carta de la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.), Protocolo de Cartagena de Indias, de fecha 5 de Diciembre de 1.985. Recuperado el día 30/06/2016 de https://es.wikipedia.org/Wiki/Carta_de_la_Organizaci3n_de_los_Estados_Americanos

2. LEGISLACION.

- Ley 16.454, Ley Nacional de Abastecimiento, de fecha 7 de febrero de 1.964, Decreto Reglamentario 987/64.
- Ley 18.284, Código Alimentario Argentino, de fecha 18 de Julio de 1.969.
- Ley 22.262, Ley de Defensa de la Competencia, de fecha 1 de Agosto de 1.980.

- Ley 22.802, Ley de Lealtad Comercial, de fecha 5b de Mayo de 1.983.
- Ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor, de fecha 22 de Setiembre de 1.993, y sus modificatorias.
- Ley 26.993, Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo, de fecha 17 de Setiembre de 2.014.
- Ley 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación, de fecha de Octubre de 2.014.
- Constitución Nacional. Artículos 42 y 43.

3. JURISPRUDENCIA.

“Consumidor amparado”: Cámara Nac. Cont. Adm. Fed. Sala I Damarco, Garzón de Conte Grand, Herrera. 21/11/2000. *Causa Nro. 32.468/99 “Maldonado Automotores SA CI o/Secretaria de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI. 779/99”*. (Recuperado el día 07/07/2016 de

[Http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/175art.1](http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/175art.1))

- “Relación de consumo”: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala: H. 28/04/09. “Núñez Norma Gladys c/ Metrovías S.A. s/ daños y perjuicios”. (Recuperado el día 07/07/2016 de

[Http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/175art.1](http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/175art.1)

- “Interpretación”: Cámara Comercial: Sala A. Miguez - Viale - Peirano. “Derderian, Carlos c/ Video Cable Comunicación S.A. y Otro s/ Ordinario”. 31/03/04. (Recuperado el día 07/07/2016 de

[Http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/177-art-3](http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/177-art-3))

- “In dubio pro consumidor”: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala: M. “B. Y. G. L. y otros c/ Autopistas del Sol S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios”. 5/02/09. (Recuperado el 07/07/2016 de

[Http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/179-art-5](http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/179-art-5))

- “Derecho a la información”: C.NAC.CONT.ADM.FED., Sala V, Gallegos Fedriani, Otero. “Wassington S.A.C.I.F.I. c/ Sec. de Comercio e Inversiones – Disp. DNCI. n° 187/97” *Causa: 6655/97., 2/7/97.* (Recuperado el 07/07/2016 de

[Http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/179-art-5](http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/179-art-5))

- “Oferta”: C. NAC. CONT. ADM. FED., Sala III, Muñoz, Argentó. “*Autopistas del Sol S.A. c/ Sec. de Com. e Inv. –Disp. DNCI N° 69/97.*” Causa: 6659/97., 1/12/97.

(Recuperado el 07/07/2016 de

[Http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/181-art-7](http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/181-art-7))

- “Oferta limitada”: C. NAC. CONT. ADM. FED, Sala IV, Galli Uslenghi. “*Modart S.A.C.I.F. e I. c/ Sec. de Com. e Inv. –DNCI N° 2602/95*”. Causa: 12.728/96., 19/11/96.

(Recuperado el 07/07/2016 de

[Http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/181-art-7](http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/181-art-7))

- “Concepto de consumidor”: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala: K. “*Machuca Augusto Antonio c/ Pepsico de Argentina S.R.L. s/ Daños y Perjuicios*”. 17/07/08 (Recuperado el 07/07/2016 de

[Http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/182-art-8](http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/182-art-8))

- “Información, diferencia con publicidad”: C. NAC. CONT. ADM. FED. , Sala IV, Jeanneret de Pérez Cortés. “*Defensor del Pueblo de la Ciudad de Bs. As. y otro c/ I.N.S.S.J.P. s/ medida cautelar (autónoma)*”. Causa n° 21/99. 10/2/99.

(Recuperado el 07/07/2016 de

[Http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/182-art-8](http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/182-art-8))

- “Información veraz”: C. NAC. CONT. ADM. FED., Sala I, Buján, Coviello. “*Editorial Sarmiento S.A. c/ Sec. de Com. e Inv. – Disp. DNCI 133/96.*” Causa: 28.121/96. 20/6/97.

(Recuperado el 07/07/2016 de

[Http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/182-art-8](http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/182-art-8))

- “Cláusula abusiva y nula”: Cámara Comercial: A. Miguez - Peirano – Viale. “*Liotta, Leonardo Fabián c/ Compañía Argentina de Seguros Vision s/Ordinario. (ll 21.3.01, fused 101.716).* 21/11/00. (Recuperado el 07/07/2016 de

[Http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/239-art-](http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10/58-80-proconsumer/239-art-)

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

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

Por la presente, autorizo a la Universidad 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 ROMERO, MARIO HECTOR.	
DNI 11.972.027	
Título y subtítulo DERECHOS DEL CONSUMIDOR – SU VIGENCIA EN EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.	
Correo electrónico mariohromero@hotmail.com	
Unidad Académica CAU CORDOBA	Universidad Siglo 21
Datos de edición: - - - - -	

--	--

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 Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar <u>SI</u>/NO)^[1]</i>	

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 Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista	Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
 _____certifica

que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad	Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado