

La defensa del consumidor: pasado, presente y futuro a la luz del Proyecto de Código Civil 2012

Por ESTEBAN JAVIER ARIAS CÁU¹. Publicado en MICROJURIS, sección doctrina, junio 25 de 2013, MJD6329².

Sumario: I.- Introducción. II.- Del pasado. III.- El presente. IV.- El futuro. V.- Conclusión

I.- Introducción

La defensa del consumidor y el usuario ha transitado en nuestro país diferentes estadios de reconocimiento que puede ser de interés recordar para saber de donde venimos, donde estamos hoy parados y hacia donde vamos. Especialmente, a partir de la introducción del concepto de consumidor y de otras importantes normas en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012.

Para ello, nos proponemos esquematizar en *etapas* el camino de consolidación de los derechos del consumidor, con especial énfasis en aquellos precedentes jurisprudenciales que posibilitaron su afianzamiento, para luego si analizar algunos aspectos de los artículos proyectados en la modificación del Código Civil.

II.- Del pasado

Con carácter previo al dictado de la ley 24.240 o Ley de defensa del consumidor (LDC) existieron algunos intentos propiciados por la doctrina a fin de introducir al derecho positivo nacional un régimen protectorio del consumidor. Así, cabe recordar el célebre “Anteproyecto de Ley³” elaborado por Atilio A. Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel A. Stiglitz, que constituyó el fundamento y antecedente directo de la ley 24.240.

II.1 La incorporación del derecho del consumidor al derecho patrio

En una primera etapa, en el año 1993, a partir de la promulgación de la LDC se reconoció al derecho del consumidor como un ámbito protectorio para un sujeto particular, regulando el contrato de consumo.

Con el art. 42 de la Constitución Nacional se *constitucionalizó* el derecho del consumidor, instituyéndolo como un derecho de tercera generación, dentro de la relación de consumo, siendo esta etapa rica en interpretaciones doctrinarias y judiciales que posibilitó el ensanchamiento de su ámbito de aplicación, especialmente para aquellos supuestos que se resistían a su inclusión: por ejemplo, los contratos bancarios, los contratos de seguro, etc.

Por último, una tercera etapa podríamos considerarla a partir del dictado de la ley 26.361 que amplificó notablemente la aplicación del régimen de defensa del consumidor con la incorporación del sujeto expuesto a la relación de consumo, y la modificación de la noción de consumidor y proveedor.

II.2 El derecho del consumidor en los Proyectos anteriores

El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, conocido como Proyecto de 1987 o Código único, no incluyó normas relativas al derecho del consumidor de modo sistemático, en virtud que esta rama jurídica no había adquirido mucho desarrollo a ese momento ni tampoco existía legislación específica relativa a la noción.

En efecto, por aquellos años nuestra disciplina era sólo objeto de tratamiento en jornadas especializadas y con gran empuje de la doctrina, pero carecía de un régimen legal propio.

Sin embargo, es cierto que dicho Proyecto si trató sobre la responsabilidad por *productos elaborados* que constituye el origen del actual art. 40 de la LDC, incorporando el art. 2176, con el texto siguiente: “Si el vendedor conoce o debía conocer, por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, y no los manifestó al comprador, tendrá éste, a más de las acciones de los artículos anteriores, el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos si optare por la rescisión del contrato. Cuando se trate de productos de consumo se

¹ Profesor Adjunto Derecho Civil III (Contratos), Universidad Católica de Santiago del Estero, DASS; Secretario del

² Texto elaborado sobre la disertación brindada el 13 de junio de 2013 en San Salvador de Jujuy, en el marco de las “Jornadas de actualización sobre el Proyecto de Código Civil 2012 – Preparatorias a las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, organizadas por el Instituto de Derecho Civil (Colegio de Abogados de Jujuy) y la Secretaría Académica (Caja de Previsión Social-CAPSAP), con el auspicio académico del “Instituto Noroeste”, dependiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y que contó con la presencia del Dr. Gabriel A. STIGLITZ.

³ Conf., ALTERINI, Atilio A., LÓPEZ CABANA, Roberto M. y STIGLITZ, Gabriel, “La protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley”, LL 1989-B, 1002.

aplicará la imputación objetiva de responsabilidad del art. 1113. Responderán concurrentemente el vendedor, el productor o fabricante, el importador, el mayorista, y quien haya puesto su marca en el producto, sin perjuicio de las acciones de regreso”.

Se advierte que el párrafo segundo propuesto incluía la responsabilidad *objetiva y concurrente* de toda la cadena de producción, para aquellos casos regidos por el derecho del consumidor que, recordemos, al momento de su presentación no existía en la República Argentina

El Proyecto de la Comisión designada por Decreto 468/92, o Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 no incluyó normas específicas referidas al régimen del consumidor. El Proyecto de la Comisión Federal de Juristas de 1993, al tratarse de una modificación parcial del Código Civil aún menos reguló el ámbito del derecho de defensa del consumidor.

Por último, el Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina tampoco incluyó normas del derecho del consumidor, pero por distintas razones y que fueron explicitadas por la Comisión designada en sus Fundamentos, a saber: *a)* No se desconocían experiencias extranjeras, como el Código Civil de Quebec⁴ que incluían al consumidor en su articulado; *b)* Pero, se consideró prudente mantener la condición de microsistema o régimen especial, a pesar del disenso de autores de fuste, como Jorge Mosset Iturraspe⁵.

No obstante ello, mediante la clasificación de los contratos (art. 899) incorporada al Proyecto de Código Civil de 1998, se definió al contrato por adhesión y se enumeró aquellos criterios de interpretación ya creados por la jurisprudencia⁶.

II.3 El reconocimiento jurisprudencial y la aplicación concreta a las categorías de consumidores

La LDC incluyó la regulación del contrato de consumo en su articulado, pero en su raíz, y especialmente confrontándolo con la noción constitucional de relación de consumo, su ámbito de aplicación —o su contorno parafraseando a Calos A. Hernández— era mucho más amplio.

En tal sentido, los tribunales y especialmente las *directrices* de la Corte Suprema de Justicia fueron extendiendo el ámbito de aplicación del régimen protectorio del consumidor. A continuación, haremos una breve revista de aquellos precedentes más relevantes.

En el caso “Ferreyra c. V.I.C.O.V. S.A.”⁷ se decidió la responsabilidad por daños derivados de concesiones viales, por accidentes causados por animales sueltos, con fundamento en la *relación de consumo*. La mayoría consideró que las concesionarias de peaje constituyen un servicio público emplazado en la relación de consumo, de jerarquía constitucional (art. 42, C. Nac.) y legal (ley 24.240), desplazando las normas de derecho administrativo y reglamentario.

En el caso “Mosca c. Provincia de Buenos Aires”⁸ se responsabilizó al club de fútbol y a la AFA como entidades organizadores del espectáculo deportivo, con sustento en el *deber de seguridad* de fundamento constitucional, afirmándose: “el derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, que se refiere a la relación de consumo, abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes”. Como bien glosa Galdós, la conclusión es contundente: “el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales y bilaterales”⁹.

⁴ Arts. 1384, 1425 a 1427, del Código Civil de Québec. Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, N° 159.

⁵ Cfr., MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Del micro al macro sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes”, en RDPyC, *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, 1, pág. 16 y sig., afirmando enfáticamente que: “Nos preocupa la indiferencia de los proyectos de reforma respecto de las normas incorporadas al microsistema del consumidor”. Luego en la nota 32 agrega: “De ninguna manera admitimos o justificamos una *reforma que margine el Derecho del Consumidor*, como ocurriera con el Proyecto de Reforma y Unificación de 1998; la incorporación al Código Único de Derecho Privado de los temas básicos o fundamentales del *microsistema* produciría su *aggiornamento*, con un enorme beneficio para el Derecho, su credibilidad y eficacia. Nos referimos a temas tales como: la información, la publicidad, los riesgos o peligros, los vicios o defectos, las garantías, el combate contra la usura o los aprovechamientos, y tantos otros”.

⁶ Puede verse nuestra ponencia presentada por ante la “XIII Conferencia Nacional de Abogados – Reforma del Derecho Privado eh Homenaje al 200 Aniversario del nacimiento de Dalmacio Vélez Sarsfield”, realizadas por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, (FACA), en el año 2000, en San Salvador de Jujuy: ARIAS CÁU, Esteban Javier, “Pautas de interpretación de los contratos entre empresas celebrados por adhesión”, libro de ponencias, FACA-Colegio de Abogados de Jujuy, Buenos Aires, 2000, págs.. 255-267.

⁷ CSJN, 21/03/2006 in re “Ferreyra, Victor D. y otro c. V.I.C.O.V. S.A s. daños”, Fallos: 329:695.

⁸ CSJN, 6/03/2007, in re “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos y otros s. daños”, Fallos: 330:353; LL 2007-B, 363. Ver nota de ALTERINI, Atilio A., “La responsabilidad del organizador de espectáculos deportivos (Trascendencia social positiva del fallo de la Corte Suprema en la causa ‘Mosca’)”, LL 2007-B, 359.

⁹ GALDÓS, Jorge M., “La relación de consumo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, pág. 13.

En el caso “Ledesma c. Metrovías S.A.”¹⁰ se trató de las lesiones sufridas por la actora al descender de un vagón de subterráneo en medio de un tumulto, aplicándose el art. 42 de la Const. Nacional en cuanto prescribe el *deber de seguridad y el trato digno a los consumidores*. En lo que interesa, bien se ha dicho, “al usuario no le es exigible el deber de diligencia propio del ámbito contractual porque no está en condiciones de efectuar las pruebas de verificación y de información que rigen la relación negocial¹¹”. En tales términos, se dijo que “la única eximente válidamente esgrimible por el proveedor – en el estadio del nexo causal- es el caso fortuito o fuerza mayor¹²”. En el caso “Halabi c. P.E.N.”¹³ se receptó jurisprudencialmente la acción colectiva, reconociéndose la triple categoría de derechos: 1º) Individuales; 2º) Derechos de incidencia colectiva que tengan por objeto bienes colectivos; 3º) Derechos de incidencia colectiva que recaen sobre derechos individuales homogéneos. En tal sentido, se afirmó que este precedente “estructuró el diseño jurídico de las acciones colectivas y del proceso colectivo –aun en ausencia de norma infraconstitucional que las regule-, haciendo operativo el derecho constitucional del acceso a la justicia, y confirió a los consumidores y a las entidades que los nuclean una valiosísima herramienta procesal para la concreta protección de los derechos colectivos que recaen sobre bienes individuales homogéneos¹⁴”.

En los hechos, se hizo lugar a la acción de amparo promovida por el actor con el objeto de obtener la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y su decreto reglamentario que impone a los prestadores de los servicios de telecomunicaciones la captación y derivación de aquellas para su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o del Ministerio público.

De este modo, puede advertirse la configuración de la relación de consumo, en un tránsito de un plano inclinado, mediante la cual se ha ampliado la noción originaria de consumidor dilatando su aplicación a aquellos supuestos que implican otras fuentes, como la *voluntad unilateral, el acto ilícito y por supuesto el contrato* (art. 3 de la LDC). En otros términos, se ha pasado del *acto de consumo al hecho de consumo*, entendido como relación de consumo en sentido amplio.

III. El presente

En nuestros días, sin embargo, luego de un parto complicado, podemos afirmar que el derecho de defensa del consumidor se ha desarrollado y alcanzado su madurez, como una verdadera rama especial del derecho, con notas que permiten distinguirla de las otras ramas clásicas, pero teniendo una naturaleza interdisciplinaria o multidisciplinaria que permite abordarla desde distintos puntos de vista.

Empero, a nuestro juicio, el *thema* actual no es la unificación de las obligaciones o la reformulación del derecho privado, ni siquiera la discusión sobre la incorporación del consumidor al Código Civil, a pesar del disenso de alguna doctrina autoral. Por el contrario, como bien lo reconocía Atilio A. Alterini en el año 2009, que el tema central no es la unificación de las obligaciones civiles y comerciales, sino “establecer cómo se articulará el nuevo sistema de reglas y principios, y cuál será el perfil en ese sistema del derecho civil y el derecho comercial que conocemos –unificado o no-, ante la irrupción expansiva del derecho de las relaciones de consumo¹⁵”.

III.1 Algunos logros obtenidos

¹⁰ CSJN, 22/04/2008, in re “Ledesma, María L. c. Metrovías S.A.”, Fallos:331:819; LL 2008-C, 562. Puede consultarse la nota a fallo de PICASSO, Sebastián, “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, LL 2008-C, 562.

¹¹ GALDÓS, Jorge M., “La relación de consumo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, pág. 20 y sig., rematando: “Este distingo es importante y revela un diferente nivel de diligencia en uno u otro supuesto, es decir el propio de las relaciones contractuales paritarias y el de consumo”.

¹² Cfr., PICASSO, Sebastián, “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, LL 2008-C, 562, agregándose en la pág. 568: “Ello descartaría la posibilidad de invocar el hecho (o culpa) del tercero o de la víctima, en la medida en que no reúnan, a su vez, los caracteres del caso fortuito”.

¹³ CSJN 24/02/2009, in re “Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04”, Fallos: 332:111; LL 2009-B, 157. Pueden verse los comentarios de: ALTERINI, Atilio A., “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (El armado de un sistema)”, LL 2009-D, 740; GELLI, María A., “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso ‘Halabi’”, LL 2009-B, 565.

¹⁴ GALDÓS, Jorge M., “La relación de consumo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, pág. 29.

¹⁵ ALTERINI, Atilio A., “Unificación de las obligaciones civiles y comerciales”, en *Homenaje a los Congresos de Derecho Civil (1927-1937-1961-1969)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, t. I, pág. 88.

En nuestros días, por tanto, disfrutamos de la genérica aplicación del régimen del consumidor en ámbitos otrora cuestionados¹⁶, como ser los contratos bancarios, los contratos de seguros, el contrato de tiempo compartido, la responsabilidad en materia de concesiones de servicios públicos, los servicios públicos domiciliarios, etc. Existe un criterio consolidado sobre la configuración de la relación de consumo, que abarca desde el hecho de consumo hasta el acto de consumo, incluyéndose las prácticas abusivas en materia de publicidad engañosa, y la responsabilidad objetiva de toda la cadena de comercialización.

III.2 Ciertas luces amarillas en el horizonte consumerista

Sin embargo, no hay que quedarse sentado en los laureles ni vivir de rentas, ya que se advierten *algunos* síntomas de vacilación, a saber:

III.2.1 La legitimación de las asociaciones de consumidores

De modo reciente, se han dictados algunos fallos que restringen la legitimación activa¹⁷ de las asociaciones de consumidores y usuarios a los efectos de tachar de nulas ciertas cláusulas incluidas en contratos bancarios o bien en contratos de seguro, con un agregado que introduce un factor de incertidumbre en estas acciones: su rechazo *in limine*.

En el primer supuesto, en autos “Consumidores Financieros c. HSBC¹⁸” el juez de primera instancia rechazó *in limine* una acción promovida por una asociación de consumidor. La Cámara confirmó el rechazo de la demanda en tanto la asociación del consumidor carece de legitimación activa para actuar en interés de las personas físicas que, durante los últimos diez años, hubieran celebrado con la demandada contratos de seguro automotor en los que se hubiera incluido la cláusula según la cual la destrucción total del vehículo se consideraría configurada cuando la realización de los restos del rodado no superara el 20% del precio de su venta al contado, con sustento en el carácter abusivo que atribuyó a esa disposición.

En el caso “Adecua c. Citibank NA¹⁹”, la asociación de derechos del consumidor (Adecua) demandó a una entidad bancaria (Citibank) y a dos compañías de seguro (Metlife Seguros de Vida S.A. y Alico Cia. De Seguros S.A.) persiguiendo la declaración de nulidad de las cláusulas del contrato colectivo de deudores o referidas al mismo en los contratos de préstamos celebrados entre dicha entidad y sus clientes, por no permitir al usuario la *elección* de la compañía aseguradora y cobrarles, además, un *premio* que excede del valor corriente en plaza, y que se disponga el reintegro de lo percibido en exceso por cualquier concepto referido a dicho seguro durante los últimos diez años. El juez de Primera Instancia admitió la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por las accionadas, sosteniendo que en la contratación de servicios o productos financieros cada cliente *contrata* en forma individual, lo que origina que las múltiples relaciones jurídicas deben ser analizadas en forma separada y en atención a las condiciones de los respectivos contratos. La Cámara *Ad quem* desestimó el recuso interpuesto contra dicha sentencia y la confirmó.

En el segundo supuesto, una asociación de consumidores (Consumidores Financieros) promovió acción a fin de que se condene a una compañía aseguradora (Argos Cia. Argentina de Seguros) a reintegrar a determinados clientes sumas de dinero que, según su criterio, fueron incorrectamente percibidas. La accionada opuso excepción de falta de legitimación activa, la que fue admitida por

¹⁶ Conf., FRUSTAGLI, Sandra A. y HERNÁNDEZ, Carlos A., “Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual”, JA-2008-II, págs. 3-14. Comentando la modificación producida por la ley 26.361, afirmaban: “No caben dudas que el propósito que anima al legislador no es otro que clausurar de manera definitiva los debates existentes –aunque acotados en la actualidad- en orden a la incidencia de la ley sobre los sectores financieros, asegurador, de ahorro previo, del transporte, etc.”.

¹⁷ Recomendamos la lectura del siguiente artículo: CAPLÁN, Ariel, “Legitimación activa de las asociaciones para preservar el derecho constitucional de los consumidores”, LL 2010-D, 130, quien ha dicho: “La homogeneidad está dada por tratarse de consumidores afectados por una misma conducta y temperamento por parte de empresas que venden sus productos en forma masiva e imponen similares o idénticas condiciones a sus usuarios o consumidores. En nada cambia la ficción de la existencia de múltiples contratos cuando en realidad se trata de contratos de adhesión donde el predisponente impone todas las condiciones particulares que se remiten a unas mismas y habitualmente únicas condiciones generales que ningún usuario o consumidor está en condiciones de alterar o discutir”. Idem, GHERSI, Carlos A. – WEINGARTEN, Celia (Directores), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Defensa del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, pág. 634.

¹⁸ CNCom, sala C, 4/12/2012 in re “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. s/ ordinario”, MJJ78073.

¹⁹ CNCom, sala A, 18/10/2012, in re “Adecua c. Citibank N.A. y otro s. ordinario”, LL Online AR/JUR/62519/2012, con nota de ARIAS CÁU, Esteban J. – CALDERÓN, Maximiliano R., “La legitimación activa de las asociaciones de consumidores, un fallo desalentador y una propuesta alternativa”, RC,CyE, en prensa. Sin embargo, en un fallo anterior de la Sala F, se hizo lugar a un ploteo similar: CNCom., sala F, 14/06/2011, in re “Adecua c. HSBC Bank Argentina S.A. y otro s/ordinario”, LA LEY 2011-E, 459; DJ 28/12/2011, 84.

el juez de grado. La Cámara confirmó el decisorio²⁰. En otro caso, una Asociación de Consumidores demandó a una Aseguradora pretendiendo la declaración de nulidad de una cláusula que la accionada utiliza en sus contrataciones, que niega reparación material en caso de hallazgo de los rodados sustraídos. En ambas instancias se hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la aseguradora²¹.

Se advierte, por tanto, un patrón de *conducta restringido* en torno a la legitimación activa de las asociaciones de consumidores, especialmente en las salas A y C, de la Cámara en lo Comercial que contradice —en algunos casos— el criterio de la Corte Suprema en “Halabi²²”.

Como se ha destacado, la carencia de una regulación no ha sido obstáculo para que se elaboren reglas de naturaleza pretoriana por los tribunales a los efectos de dar respuesta a la acción colectiva. Sin embargo, todavía no se ha arribado a un consenso que permita como *regla* la legitimación activa de las asociaciones de consumidores. En otros términos, existen dos criterios de admisibilidad de la legitimación (amplio y restringido), que dependerá de los hechos y el criterio del juez, lo cual genera cierta incertidumbre en los operadores del derecho.

Pero lo más preocupante resulta la actitud de ciertos magistrados de primera instancia de rechazar *in limine* las acciones colectivas promovidas por asociaciones de consumidores, que en algún supuesto aislado²³, incluso fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

III.2.2 Criterios doctrinales restrictivos

Las fallas del mercado que ocasionan la *hiposuficiencia* del consumidor, en sus aspectos jurídicos, económicos y técnicos, especialmente en materia del deber de información²⁴, intentan ser subsanadas con el régimen protectorio. En tal sentido, Lorenzetti habla de *asimetrías* en materia económica, tecnológica e informativa en cuanto al objeto, enfatizando que el producto es: “*intangible*, y por ello es renuente a la comprobación empírica que el consumidor está acostumbrado a efectuar como prueba de fiabilidad; *hermético*, en el sentido de que presenta una ajenidad respecto de la posibilidad de conocerlo en base al grado de conocimiento que a se tiene respecto a otros productos; es *cambiante* y flexible, y por lo tanto de poco sirve la experiencia anterior; está inserto en un sistema de relaciones complejo, puesto que presenta múltiples interacciones con otros sujetos u otras partes²⁵”.

Sin embargo, existe un *prejuicio* doctrinal que impide en algunos casos la solución del problema para el consumidor, llegándose a afirmar que puede existir un *abuso de derecho* en aquellos reclamos del consumidor o bien que se persigue un *enriquecimiento* sin causa.

Como ejemplo de lo antedicho podemos transcribir la siguiente opinión de Prieto Molinero: “En cierta forma, no es aventurado afirmar que los casos de abuso del derecho por parte de consumidores se ven favorecidos en razón de la coyuntura particular que atraviesa la Argentina (...) todo lo vinculado con la defensa del consumidor se encuentra en pleno apogeo (...) existe una tendencia maximalista a favor del consumidor que, en muchas ocasiones, lleva a una percepción distorsionada de la realidad que termina derivando en abusos para el otro lado. Domina entonces la tendencia a pensar que el consumidor siempre tiene razón y, sin embargo, esto importa desconocer la razón misma del Derecho del consumo y que pasa, como ya se ha visto, por crear mecanismos destinados a establecer el equilibrio perdido²⁶”.

Nos parece que tomarlo como regla puede resultar un tanto desatinado, sin perjuicio de reconocer que pueden darse en ciertos —pocos y excepcionales, agregamos— supuestos. Empero, tampoco

²⁰ CNCom, sala B, 3/02/2012, in re “Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c. Argos Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. s/ ordinario”, LA LEY 2012-C, 357, con nota de José Ignacio ONDARCUHU; DJ 12/09/2012, 11 con nota de Javier H. WAJNTRAUB.

²¹ CNCom, sala A, 16/10/2012, in re “Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c. Zurich Argentina Compañía de Seguros SA s/ordinario”, RCyS 2013-III, 242; LL Online AR/JUR/62594/2012.

²² CSJN 24/02/2009, in re “Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04”, Fallos: 332:111.

²³ Decimos supuesto aislado por las particulares circunstancias fácticas en las cuales se promovió la acción.

Cfr., CSJN, 26/06/2012 in re “Cavaliere, Jorge y otro c. Swiss Medical S.A.”, LL Online AR/JUR/31775/2012; LA LEY 2012-E, 230 con nota de Roland ARAZI.

²⁴ En contra: PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “El abuso del derecho y las relaciones de consumo”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, pág. 202, quien opina: “En efecto, hoy día el acceso a Internet cambia bastante las cosas y, así, también es frecuente la figura del consumidor perfectamente informado sobre lo que le interesa; muchas veces, aun más que los propios vendedores de las grandes cadenas de distribución donde adquieren productos o determinados servicios”.

²⁵ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición actualizada, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pág. 73 y sig. La cursiva es nuestra.

²⁶ PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “El abuso del derecho y las relaciones de consumo”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, pág. 203, quien concluye: “Ahora bien, una cosa es que el derecho del consumo procure proteger a la parte más débil de la relación económica como forma de restablecer una igualdad y una libertad que habían devenido ficticias y otra que esto pueda interpretarse como una suerte de carta blanca a favor del consumidor”.

se brindan ejemplos jurisprudenciales que exterioricen dicho abuso, resultando por tanto una mera construcción teórica sin sustento en la realidad.

En igual sentido, se dijo que la función del derecho del consumidor consiste en actuar como “corrector de la desigualdad estructural que éstos —los consumidores— padecen en el mercado, [pero] debe evitarse que en el caso concreto se sobrepase tal finalidad²⁷”.

III.2.3 El resistido daño punitivo

Los tribunales en su mayoría son renuentes a conceder la multa civil prevista en el art. 52 *bis* de la LDC, en especial, con todas aquellas críticas que se le han hecho a la figura, desde el punto de vista de la técnica legislativa²⁸. Empero, lo que mas nos asombra son aquellos cuestionamientos a la mera *inserción* del daño punitivo en nuestro régimen jurídico, llegándose a afirmar que “es tal la liviandad con que se ha regulado la cuestión que, en la práctica, hasta se puede llegar a la contradicción de encontrarnos frente a abusos, pero que ya no tendrán lugar cuando la potestad sea desviada de su finalidad originaria, sino hasta siendo consecuente con ella²⁹”.

En el caso “Vázquez Ferreyra c. Claro³⁰”, un consumidor adquirió un celular, de marca Motorola, a la empresa de telefonía celular Claro AMX Argentina que no funcionó correctamente dentro del período de garantía contractual y legal, pues comenzó a tener problemas al ser recargado, hasta que finalmente dejó de cargar. En consecuencia, se hicieron los reclamos extrajudiciales para obtener su arreglo, por intermedio del servicio técnico, lo que conllevó demoras al consumidor sin obtener su debida reparación. Tampoco entregó en término el aparato supuestamente ya reparado ni se ofreció su sustitución por uno nuevo de idénticas características. Ante los reiterados incumplimientos se promovió demanda de daños, solicitándose la multa civil, acogiéndose en primera instancia los daños y rechazándose la multa civil.

Ante la apelación de ambas partes, la Sala IV de la Cámara Civil y Comercial de Rosario, en lo que nos interesa, rechaza la multa civil considerando que en el caso no puede proceder en virtud que “no cualquier incumplimiento contractual puede dar lugar a la condena de pago de daño punitivo, perjuicio que se vincula a la relación costo-beneficio de los co-contratantes. En el sub examine donde la demandada no entregó el aparato en término no podemos hablar de un *grave y malicioso* incumplimiento por parte de la misma que haya sido objeto de un precio cálculo de costo-beneficio por parte de la empresa y que justifique la aplicación de la figura, sin dejar de reconocer que el incumplimiento de Claro ha generado daños al actor y que podría existir un deficiente sistema de reclamo³¹”.

Sin embargo, también hay excepciones aunque el monto concedido no haya sido demasiado generoso, incumpléndose³² con la función disuasiva y punitiva que se le reconoce al instituto, a saber: 1) El caso “Chambi c. Ibañez y otro³³”; 2) El caso “Montaldi c. Telecom³⁴”.

²⁷ FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361*, 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 23. Comparte el aserto PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “El abuso del derecho y las relaciones de consumo”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, pág. 204, cuando dice: “En definitiva, el Derecho del consumo pasa por lograr un trato igualitario entre partes y no por acentuar desigualdades en uno u otro sentido”.

²⁸ Por todos: STIGLITZ, Rubén S. y PIZARRO, Ramón D., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LL 2009B, 949, cuando dicen: “Lamentablemente, la recepción de los denominados daños punitivos se ve severamente malograda por la pésima redacción del artículo 50 bis (sic), que denota muchísimas imperfecciones, con virtualidad suficiente para convertir a la ley en un instrumento de inseguridad jurídica y, peor aún, de inequidad”. En rigor, es el art. 52 bis, pero compartimos que la norma está mal redactada y que debió seguirse el texto del Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina.

²⁹ PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “El abuso del derecho y las relaciones de consumo”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, pág. 205, que enfatiza: “O lo que es lo mismo: más que de un ejercicio abusivo de derechos lo que la actual normativa ha consagrado es un *derecho abusivo* sin más”.

³⁰ CCiv.yCom., Rosario, Sala IV, 7/08/2012, in re “Vázquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/ daños y perjuicios”, La Ley Online: AR/JUR/40764/2012, con nota de ARIAS CÁU, Esteban J. – BARROCELLI, Sergio S., “Productos defectuosos, pérdida de tiempo y derechos del consumidor”, DJ, año XXIX, Número 16, 17 de abril de 2013, pág. 12.

³¹ CCiv.yCom., Rosario, Sala IV, 7/08/2012, in re “Vázquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/ daños y perjuicios”, La Ley Online: AR/JUR/40764/2012.

³² Puede verse nuestra crítica en: ARIAS CÁU, Esteban J. – BARROCELLI, Sergio S., “Productos defectuosos, pérdida de tiempo y derechos del consumidor”, DJ, año XXIX, Número 16, 17 de abril de 2013, pág. 24: “El denominado impacto social se produce, generalmente, por la cuantía del monto impuesto como sanción, y que no tiene relación con el daño efectivamente sufrido por el perjudicado”.

³³ CCiv.yCom., Jujuy, sala I, 24/10/2012, in re “Chambi, Carlota c. Ibañez, Teresita B. y Grupo Noa Estudio Inmobiliario”, DJ, año XXIX, Número 16, 17 de abril de 2013, pág. 92-94. En dicho decisorio se condenó a abonar a la actora la suma de \$1500 por daño punitivo.

³⁴ Cfr., CCiv.yCom., San Pedro de Jujuy, sala IV, 18/12/12, in re “Montaldi, Juan José c. Telecom Argentino S.A.”, MJJ77163. Ver nota a fallo de COLOMBRES, Fernando M., “El usuario del servicio de telefonía y los daños

Cabe recordar, que en las “XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, realizadas en el año 2009 en Córdoba, la *Comisión de Derecho interdisciplinario* emitió las siguientes conclusiones con relación a los daños punitivos, denominados como multa civil por la ley 26.361³⁵:

a) *La multa civil del art. 52 bis de la ley 24.240 presenta importantes deficiencias técnicas, pero éstas pueden ser corregidas por una aplicación racional y prudente por parte de los magistrados;*

b) *Una interpretación razonable de la norma exige su adecuación a los principios informadores del Derecho Privado y el resguardo de derechos constitucionales. En consecuencia, es necesario atender a los siguientes efectos:*

(i) *Requisitos. Los daños punitivos proceden únicamente en casos de particular gravedad, que trasuntan menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los supuestos de ilícitos lucrativos, con la finalidad de dismantelar plenamente sus efectos.*

(ii) *Ámbito de aplicación. La multa civil puede ser aplicada para sancionar ilícitos anteriores, concomitantes o posteriores al daño resarcible (especulación previa, omisión de controles elementales, ocultamiento de información o encubrimiento luego del hecho, entre otros supuestos).*

(iii) *Legitimación pasiva. Los daños punitivos sólo recaen sobre los proveedores autores del hecho sancionado, debiendo responder por los actos de los dependientes (en sentido amplio) del proveedor.*

(iv) *Autonomía. Los denominados daños punitivos se adicionan a las indemnizaciones por daños que eventualmente pueda haber experimentado el damnificado³⁶.*

(v) *Solidaridad. Debe interpretarse que la solidaridad entre los proveedores dispuesta por el art. 52 bis presupone coautoría o complicidad, por lo que no puede ser condenado a su pago aquel proveedor cuya conducta no encuadra en los requisitos para la aplicación de la figura.*

c) *Enriquecimiento sin causa. Destinar la multa civil al consumidor no genera indebido enriquecimiento: la ley considera el grave ilícito del proveedor como justa causa (motivo legítimo) para el desplazamiento patrimonial.*

Se advierte de su lectura que los requisitos para su aplicación fueron delineados por los juristas en aquél evento académico y que, todavía, no llega a traducirse en sentencias judiciales que gocen del consenso allí arribado. Si bien compartimos que la norma está mal redactada, no es menos cierto que su utilización prudente por los jueces, en aquellos casos en que se acredite la configuración de un ilícito grave y malicioso por parte del proveedor, implica que el monto debe ser importante, y tener relación con el límite fijado por el art. 47 *in fine*: esto es, \$5.000.000. Por último, queda claro que si bien hay un enriquecimiento en cuanto existe un desplazamiento patrimonial del proveedor al consumidor, de ninguna manera puede considerarse *sin causa*³⁷, en virtud que se configuran los presupuestos legales para su traslación.

III.2.4 El abuso de derecho y el derecho del consumidor

Existe una clara vinculación entre el abuso del derecho y nuestra materia en virtud que en sus orígenes se tachó de abusivas aquellas cláusulas incluidas en los contratos predispuestos que desequilibraban las relaciones jurídicas entre proveedores de bienes y los consumidores.

En tal sentido, se ha dicho que “una gran parte de la teoría en materia de defensa del consumidor se fue construyendo a través de los casos de abuso de derecho que los tribunales irían detectando en materia contractual y que básicamente consistían en la pretensión de la parte más fuerte de hacer valer sin más y de mala fe las prerrogativas que se habían reservado a través de los contenidos predispuestos redactados por ella y en los cuales su contraparte no había participado³⁸”. En la realidad diaria se dan muchas situaciones de abuso para los consumidores, algunas que fueron receptadas por la jurisprudencia, e incluso algunas prácticas que motivaron fallos judiciales por incurrirse en violaciones al principio de trato digno.

Empero, el lector puede preguntarse ¿cuál es el motivo de la inclusión del epígrafe si esto es ya sabido? La respuesta es muy sencilla. Comienza a advertirse un movimiento, por ahora

punitivos”, LLNOA 2013 (junio), 477; TAMBUSSI, Carlos E., “Un buen criterio de apreciación del daño punitivo en el juicio equivocado. Comentario al caso ‘Montaldi Juan José c/ Telecom Argentina S. A.’”, MJD6302.

³⁵ XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión de Derecho Interdisciplinario, Conclusiones (Córdoba)

³⁶ Con disidencia de los Dres. SAPPÍA, ALVAREZ, GONZÁLEZ ZAVALA, URRUTIA.

³⁷ Cfr., GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, María V., “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, JA-2008-III, 1353. Refiriéndose expresamente al destino de la multa civil, afirmaron: “resulta cuestionable el mismo, pues puede traducirse en un enriquecimiento sin causa del consumidor si no sufrió daño, salvo en lo atinente a los gastos y costas”.

³⁸ PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “El abuso del derecho y las relaciones de consumo”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, pág. 199.

subterráneo, mediante el cual ahora son los proveedores, en sus presentaciones judiciales, quienes utilizan o mencionan como argumento el *abuso de derecho por parte del consumidor*, en las reclamaciones judiciales en pos del reconocimiento de sus derechos.

La doctrina también ha comenzado a hacerse eco de dicha conducta, afirmándose que: “En efecto, hoy día el acceso a Internet cambia bastante las cosas y, así, también es frecuente la figura del consumidor perfectamente informado sobre lo que le interesa; muchas veces, aún más que los propios vendedores de las grandes cadenas de distribución donde adquieren productos o determinados servicios. Como es lógico, la presencia de este nuevo consumidor dependerá del estrato social al que pertenezca, sus posibilidades económicas y su grado de educación; sin embargo, en tales casos es más factible que nos encontremos frente a *abusos* por directa violación del principio de buena fe³⁹”.

IV. El futuro

Los códigos modernos, incluso aquellos que han propiciado la unificación, han incluido al consumidor dentro de su articulado. Así, el propio BGB en su §13 lo incorpora dentro de la Parte General, como sujeto de derechos⁴⁰. Por su parte, otros como el Código Civil italiano define en su art. 1469 *bis* a la cláusula *vessatorie* —abusiva— en el contrato entre el profesional y el consumidor.

Una previa aclaración: No trataremos aspectos sobre el futuro⁴¹ del derecho del consumidor o bien sobre áreas jurídicas que todavía se resisten a su ingreso, sino que realizaremos un análisis sobre algunos tópicos incluidos en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 que pueden ser derecho positivo, para el supuesto de aprobarse su articulado.

IV.1 Aspectos positivos

IV.1.1 Los criterios de interpretación

El art. 3 de la LDC es considerado, tanto en su primigenia redacción como en la vigente, como la verdadera *piedra de toque* en materia de interpretación del derecho del consumidor.

En la ley 24.240 originaria prescribía: “ARTICULO 3° — Interpretación. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial. *En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor*”.

Lorenzetti glosaba esta norma, afirmando que se trata de una *norma de cierre*: “Es decir, que siempre hay que interpretar el contrato en beneficio del consumidor. Asimismo, cuando hubiere dudas sobre los alcances de la obligación de este último, debe estarse a favor de su liberación. ¿Cuál es la interpretación más beneficiosa?: la menos gravosa. Éste es el criterio legal para discernir qué es lo más favorable⁴²”.

Con la modificación de la ley 26.361 reza: “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. *En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor*. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”.

Se ha explicado que el juez debe analizar la plataforma fáctica y subsumirla en la norma jurídica aplicable, que en nuestro caso, está determinada por todas aquellas leyes que tengan puntos de conexión con la relación de consumo, en virtud que el derecho de los consumidores “es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el

³⁹ PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “El abuso del derecho y las relaciones de consumo”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, pág. 202 y sig.

⁴⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Del micro al macro sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes”, en RDPyC, *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, 1, pág. 21 nota 40, se manifiesta a favor, no de un traslado masivo al Código, sino de “multiplicar las coincidencias, manteniendo el macrosistema, a la vez que trasladando al Código lo básico o fundamental, y también, superando las divergencias”.

⁴¹ Remitimos a la enumeración que brinda LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición actualizada, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pág. 70 y sig., a saber: La oferta basada en la apariencia y la aceptación basada en la confianza; asimetrías en la economía de la información; la protección del consumidor sobreendeudado; globalización de la protección; protección frente a situaciones contractuales abusivas; el Derecho Privado Colectivo, entre otras.

⁴² LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pág. 699.

Derecho Constitucional⁴³”. Para aventar dificultades la norma fortalece al régimen del consumidor, otorgándole preeminencia sobre otras leyes, generales y particulares. De este modo, se ha dicho por autorizada doctrina que: “a) Profundiza la integración de todas las normas, sean éstas generales o especiales, aplicables a las relaciones de consumo. Con esa vocación entendemos que resta importancia a la aludida distinción, evitando la preeminencia de estas últimas; b) Ratifica la regla hermenéutica de la interpretación más favorable al consumidor en caso de duda sobre la solución más adecuada para la tutela del consumidor entre las distintas normas que conforman el Estatuto de Defensa del Consumidor⁴⁴”.

Por lo cual, para el supuesto que existiera duda sobre la interpretación de los principios de la LDC, deberá prevalecer el más favorable para el consumidor, porque cuando “se trata de colisión de principios, se debe dar el peso que tiene cada uno en el caso concreto, tratando de lograr la máxima satisfacción posible⁴⁵”. Sin embargo, se ha dicho que esta modificación resulta *insustancial* debiéndose interpretar que “la ley refiere a la existencia de un problema interpretativo cuando se consagra más de una solución legal para determinado presupuesto de hecho, o bien cuando el ordenamiento jurídico carece de una respuesta expresamente contemplada para un caso dado, o la misma resulte oscura⁴⁶”.

También se ha dicho que se ratifica “la regla hermenéutica de la interpretación más favorable al consumidor, en caso de duda sobre la solución aplicable a partir de las distintas normas que conforman el estatuto de defensa del consumidor. No puede soslayarse en este sentido el título que hoy preside el art. 3º *Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia*, que es sustancialmente diferente del anterior que sólo aludía a la *Interpretación*⁴⁷”.

En particular, el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 innova en este aspecto incluyendo normas específicas en materia interpretativa para los contratos en general y para la relación de consumo en particular. Así, desde el punto de vista del *contrato en general* establece una prelación normativa (art. 963) y cómo deberá integrarse el contrato (art. 964), a saber:

“ARTÍCULO 963.- **Prelación normativa.** Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código”.

De esta manera se otorga *preeminencia* para aquellas normas que conforman, el denominado núcleo duro de protección, que pueden estar ubicadas en la propia ley especial (ej. ley 24.240 y sus modificatorias) o bien en el propio Código Civil, pero que conforman un verdadero sistema de protección. No debe olvidarse que nuestra materia se encuentra teñida por el orden público de protección, a favor de los débiles jurídicos, que tiene como corolario dejar sin efecto aquellas normas contrarias o violatorias del régimen jurídico. Por lo tanto, pueden modificarse en tanto otorguen mayores derechos a los previstos en aquellas normas indisponibles, ya sean de la ley especial o del Proyecto de Código Civil y Comercial 2012, pero nunca pueden disminuirlos.

“ARTÍCULO 964.- **Integración del contrato.** El contenido del contrato se integra con:

a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable”.

En cambio, desde el punto de vista particular de la relación de consumo incluye la prelación normativa en la relación de consumo (art. 1094) y la interpretación del contrato de consumo (art. 1095).

⁴³ Conf., LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición actualizada, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pág. 50.

⁴⁴ FRUSTAGLI, Sandra A. y HERNÁNDEZ, Carlos A., “Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual”, JA-2008-II, págs. 3-14, 7.

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición actualizada, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pág. 52.

⁴⁶ Conf., GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, María V., “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, JA-2008-III, 1353, concluyéndose: “De tal modo, el ordenamiento jurídico, con un cambio insustancial, persiste en el uso de una de las herramientas de la sistemática del derecho para proteger a quienes se encuentran en situaciones jurídicas asimétricas: el principio de interpretación pro consumidor, aplicación concreta de lo normado por el art. 1, LDC., que estatuye de modo general el principio protectorio del consumidor y del usuario”.

⁴⁷ HERNÁNDEZ, Carlos A., “Impacto del régimen de defensa del consumidor sobre la teoría general del contrato”, en NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, tomo I, pág. 431 y sig.: “De este modo, la reforma aporta un criterio de preeminencia de la solución más favorable para el consumidor, que generalmente estará reflejada en la ley 24.240. Se trata de una plausible decisión legislativa que evita la desintegración del régimen de defensa del consumidor...”

En el primer supuesto se prescribe: “ARTÍCULO 1094.- **Interpretación y prelación normativa.** Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de *duda* sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.

En tal sentido, se dijo que: “Adviértase que, muy acertadamente, no se limitó la actuación del principio y de la regla antes indicada a las relaciones de consumo de fuente contractual, sino que se buscó proyectar sus alcances sobre las restantes fuentes, con interesantes consecuencias prácticas (v.gr., piénsese en el impacto de tales soluciones en el ámbito de los atos jurídicos unilaterales –ofertas- o en materia de hechos ilícitos⁴⁸”. Se mantiene la regla de oro del régimen consumerista estableciéndose la prelación de aquella interpretación más favorable al consumidor, para el supuesto de duda.

En el segundo supuesto reza: “ARTÍCULO 1095.- **Interpretación del contrato de consumo.** El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa”.

En el derecho comparado, el art. 34 del Estatuto del Consumidor de Colombia prescribe: “ARTÍCULO 34. INTERPRETACIÓN FAVORABLE. Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean⁴⁹”.

Para Ghersi la redacción del anteproyecto “es sinuosa y hasta confusa, en cambio la actual LDC sin duda es tajante, rigen los principios que establece esta ley, prevalecerá lo más favorable al consumidor, lo hace en un sentido más amplio que el anteproyecto⁵⁰”. Por su parte Vítolo cuestiona la doble regulación, general en el Proyecto y especial en la LDC, afirmando que “la nueva concepción de un doble régimen –Código y ley- sin la correspondiente coordinación y con modificaciones introducidas sin evaluar suficientemente el impacto que las mismas tienen sobre el régimen general del instituto y de la ley especial, se advierten, al igual de que ocurre con otras modificaciones, cuanto menos apresurada, y merece una cuidadosa revisión por parte del Congreso de la nación y la comunidad jurídica⁵¹”.

Esta norma resulta aplicable exclusivamente al contrato de consumo, que es una de las fuentes de la relación de consumo, receptando el criterio más favorable al consumidor. Cabe recordar que el art. 3 de la LDC, en su texto originario, contenía como guía el principio *in dubio pro consumidor*, expresándose que si hubieran dos o más interpretaciones en torno al contrato de consumo, siempre debía estarse a aquella que fuera más favorable al consumidor o usuario. Luego, con la modificación del art. 3 por intermedio de la ley 26.361, se incluyó el texto referido a los “principios”.

En nuestro caso, estimamos feliz que no se haya incluido el supuesto de duda sino que siempre el contrato deberá interpretarse en el sentido más favorable al consumidor, reconociéndose su triple *hiposuficiencia* económica, jurídica y técnica o de información, que implica que su situación es desequilibrada con relación al proveedor del bien o servicio. Ahora bien, cuando la duda existiera no sobre la interpretación del contrato sino sobre el alcance de su obligación, se estará a aquella que sea menos gravosa.

IV.1.2 La reparación de los daños

En el marco de la sociedad de consumo⁵², con el exponencial aumento en las relaciones de mercado, la obsolescencia programada o percibida de bienes y servicios, sumados a los incentivos de la publicidad, la moda y el crédito generalizado, han hecho explotar geométricamente en los últimos años la cantidad de operaciones de consumo que realizan los consumidores, con los consecuentes riesgos y vicisitudes. Consecuentemente, aumentan también los peligros y las conflictividades, con la también firme necesidad de recurrir al escaso tiempo para afrontar los mismos.

⁴⁸ NICOLAU, Noemí L. – HERNÁNDEZ, Carlos A., “Breve análisis acerca de la relación de consumo y sus fuentes y de algunas normas que incorpora en esta materia el Proyecto de Código civil y comercial de 2012”, en RIVERA, Julio C. (Director), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 633.

⁴⁹ Ley 1480, “Estatuto del Consumidor”, de Colombia (Diario Oficial 48.220, de 12/10/2011)

⁵⁰ Conf., GHERSI, Carlos A., “Anteproyecto de Código Único 2012. ¿Los derechos de los consumidores o de las empresas?”, MJD5755.

⁵¹ VÍTOLO, Daniel R., “Deben revisarse las reformas propuestas al régimen de defensa del consumidor por parte del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en NISSEN, Ricardo, *Las reformas al Derecho Comercial en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Primer Congreso Nacional de análisis y debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Legis Argentina, Buenos Aires, 2012, págs. 93-104, 104..

⁵² También denominada sociedad de consumidores. Cfr., BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, 1ª edición, 3ª reimpresión, Fondo de cultura económica, Buenos Aires, 2011.

IV.2 Algunos aspectos negativos (u opinables)

IV.2.1 La supresión de la regulación de los derechos de incidencia colectiva y su reparación

El Anteproyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio 2012 elaborado por la comisión de juristas subsanaba esta deficiencia normativa en el art. 14 mediante la incorporación de una regulación de los derechos individuales y de incidencia colectiva. A partir del art 1745 al 1748 incluía un sistema de reparación del daño a los derechos de incidencia colectiva, daño a derechos individuales homogéneos, presupuestos de admisibilidad y cosa juzgada.

Sin embargo, como es sabido, ambas incorporaciones fueron modificadas y otras suprimidas por el Poder Ejecutivo Nacional al presentar el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012, que se encuentran actualmente en tratamiento por la Comisión Bilateral del Congreso de la Nación. A nuestro juicio, conforme el precedente “Halabi” y la escasa regulación de la LDC, resultaba necesario incorporar una completa regulación de esta clasificación de derechos y su ámbito natural es el Proyecto de Código Civil y Comercial. Sin embargo, la supresión antedicha y con el agregado de la eliminación de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, resulta no sólo contraproducente sino que debe ser firmemente cuestionada por introducir reparos o vallas al derecho de los justiciables.

IV.2.2 La multa civil y el daño punitivo

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012 mejora la redacción del daño punitivo, que denomina “sanción pecuniaria disuasiva”, pero restringe su aplicación sólo a los derechos de incidencia colectiva y a las relaciones de consumo. Sin embargo, bien se ha dicho, que los fundamentos expresados son “de muy poco valor, y resulta casi una burla a un tema que ha merecido agitados debates en doctrina y jurisprudencia, sobre todo desde su incorporación en la Ley de Defensa del Consumidor⁵³”.

El problema se plantea porque el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 ha suprimido la regulación referida a los derechos de incidencia colectiva, vaciando de contenido la vigente garantía de la multa civil de art. 52 *bis* de la LDC. La comparación entre ambas normas puede esquematizarse de la manera siguiente: “Consideramos que existe una diferencia sustancial: la norma nueva subjetiviza la sanción y la norma del art. 52 *bis* subjetiviza la cuantía económica, en la primera se apunta a la causa -excluyendo la responsabilidad objetiva- y en la segunda se apunta al efecto. En segundo lugar la norma del art. 52 *bis* establecía parámetros de la cuantía; la nueva norma la deja sujeta a la arbitrariedad judicial. Con lo cual no hay garantías de cuantía, dependerá de la ideología del magistrado y no solo esto sino que puede reducir las multas administrativas e incluso dejarla sin efecto, nos parece excesivo. En tercer lugar antes el destino era el consumidor, lo que habíamos criticado, pero ahora es el otro extremo, el destino lo fija el juez. No se sabe con qué pautas⁵⁴”.

También ha sido cuestionado⁵⁵ el cambio de destino del monto concedido como daño o sanción punitiva, sin embargo consideramos que el juez por resolución fundada en la mayoría de los casos otorgará algún porcentaje al consumidor, quien vale recordarlo es quien promueve la demanda, pide la sanción y corre con el albur de su eventual concesión.

IV.2.3 La modificación del art. 50 de la LDC, en materia de prescripción liberatoria del consumo.

En materia de prescripción liberatoria, el Proyecto modifica el plazo general (art. 2560) reduciéndolo a 5 años, a diferencia del Proyecto de Código Civil de 1998, que lo establecía en 4 años.

Así, el artículo 2560 prescribe: “ARTÍCULO 2560.- **Plazo genérico.** El plazo de la prescripción es de CINCO (5) años, excepto que esté previsto uno diferente”.

Sin embargo, en el anexo se modifica también el plazo específico de la prescripción liberatoria de la relación de consumo. El texto propuesto por el Poder Ejecutivo Nacional y elevado a la Comisión Bilateral del Congreso de la Nación, modifica el art. 50 de la LDC en estos términos: “Artículo 50.- Prescripción. Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de TRES (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas”.

Es decir, que se *elimina* la regulación específica de la prescripción liberatoria en materia de acciones judiciales con sustento en el derecho de defensa del consumidor. En otras palabras, con

⁵³ ÁLVAREZ, Agustín, “Principales lineamientos sobre las funciones de la Responsabilidad Civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, DJ, año XXIX, Número 16, 17 de abril de 2013, pág. 98.

⁵⁴ GHERSI, Carlos A., “Anteproyecto de Código Único 2012. ¿Los derechos de los consumidores o de las empresas?”, MJD5755.

⁵⁵ Cfr., MARTÍNEZ, Marisol, “La derogación de la función disuasiva del daño punitivo”, en NISSEN, Ricardo, *Las reformas al Derecho Comercial en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Primer Congreso Nacional de análisis y debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Legis Argentina, Buenos Aires, 2012, pág. 83 y sig.

el régimen vigente se tiene una norma expresa que regula el plazo de prescripción que, con sus diferencias interpretativas, ya ha originado una corriente de opinión que puede postularse como pacífica en virtud de la cual el plazo de 3 años debe tener *preeminencia* por sobre otros plazos generales o especiales. Sin embargo, la norma proyectada directamente persigue su supresión debiéndose regir —ahora y en principio— las relaciones de consumo por la norma general del art. 2560 que dispone un plazo de 5 años, salvo casos especiales en materia de responsabilidad, que los fija en 3 años.

Al respecto, se ha dicho que esta modificación proyectada implica “una marcada involución en relación al texto vigente, con el agravante de que el texto proyectado desmejora incluso el texto anterior⁵⁶”. En similar sentido, Ghersi expresó que se trata “sin ninguna duda de un lobby de las compañías de seguros y las empresas de servicios cuando se trata de relaciones de consumo (por ejemplo, alcanzados por la actual Ley de Derecho del Consumidor, art. 50 Ley 26.361, de tres años). Es una lamentable decisión legislativa, máxime cuando en la actualidad la Cámara Nacional en lo Civil ha realizado un plenario reafirmando los tres años de prescripción de las acciones⁵⁷”.

A nuestro juicio, esta supresión traerá nuevos interrogantes que antes habían sido aplacados. Por ejemplo, ¿la prescripción liberatoria del consumo puede invocarse de oficio por el juez, a pesar que las partes no lo haya hecho?; ¿existen otros actos interruptivos o suspensivos de la prescripción liberatoria de consumo, aparte de los generales regulados en el Código Civil? La mentada unificación se había conseguido con la incorporación de un único plazo en materia contractual y responsabilizatoria para las relaciones de consumo. En cambio, el Proyecto nuevamente discrimina entre la prescripción contractual (5 años) y la extracontractual o aquiliana (3 años), perdiéndose el criterio ya consolidado.

En suma, el denominado y propiciado *diálogo de las fuentes* seguramente será provechoso, en virtud que permite recurrir a las nociones brindadas en el Código Civil y confortarlas con la LDC y aquellas otras normas relacionadas a ella. Sin embargo, a nuestro juicio, ello conspira con una noción de prescripción liberatoria de consumo que se encuentra en vías de construcción y que posee elementos genéricos, pero también específicos que permiten configurarla y distinguirla de la institución en general.

Reiteramos: En materia contractual resulta aplicable el plazo de 5 años; en cambio, en materia responsabilizatoria la prescripción será de 3 años. Nos preguntamos, ¿no era mejor sostener un plazo único conteste con la unificación de las órbitas contractual y extracontractual?

Como vemos, son varios los interrogantes planteados y que deberán ser dilucidados por la doctrina y los magistrados, teniendo como norte el principio consumerista que reza, en caso de duda, a favor del consumidor.

V.- Conclusión

Cabe partir de una premisa que consideramos ineludible en la materia de defensa del consumidor: En efecto, el consumidor pretende una solución a su problema y no la promoción de un juicio, con la carga de aleatoriedad de su resultado.

El Derecho del Consumidor, que en este 2013 cumplió 20 años de historia⁵⁸ continúa en el camino de su consolidación y encarnadura social. Sin embargo, queda mucho por hacer y por construir, y depende de los juristas, la doctrina y especialmente la jurisprudencia, que se siga por un plano inclinado agregándose ladrillos a este edificio que denominamos derecho de defensa del consumidor.

Compartiendo la autorizada opinión de Stiglitz, creemos que el ingreso al Código Civil del derecho de defensa del consumidor “traerá aparejado un incremento en su eficacia, por un mayor conocimiento y compromiso de los operadores jurídicos en su aplicación (...) y beneficia también la estabilidad del sistema, para que no sea modificado reiteradamente por algunas cuestiones insignificantes⁵⁹”.

⁵⁶ RUSCONI, Dante D., “Titulo III, Capítulo I” y “Anexo II” de modificaciones a la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, ponencia presentada en la Audiencia Pública del 13/09/2012, en el Rectorado de la Universidad Nacional de la Plata, ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

⁵⁷ GHERSI, Carlos A., “Anteproyecto de Código Único 2012. ¿Los derechos de los consumidores o de las empresas?”, MJD5755.

⁵⁸ No desconocemos que con anterioridad a la sanción de la Ley N° 24.240, autores como Alterini, los Stiglitz, López Cabana, Mosset Iturraspe o Ghersi, por nombrar algunos, ya habían comenzado el camino de la construcción de este nuevo campo del saber jurídico.

⁵⁹ STIGLITZ, Gabriel A., “La defensa del consumidor en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, La Ley, 29/10/12, pág. 1; idem en *Revista de Derecho Comercial, de la Empresa y del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 61 y sig.

A modo de conclusión, afirmamos que la lucha por el derecho del consumidor implica cambiar paradigmas de pensamiento jurídico y encontrar nuevas soluciones a los actuales conflictos que plantea la sociedad de consumo. Por ello, recordamos al jurista alemán Von Ihering quien hace más de 140 años arengaba:

“No, no basta para que el Derecho y la justicia florezcan en un país que el juez esté dispuesto siempre a ceñir la toga, y que la policía esté dispuesta a desplegar sus agentes; es preciso aún que cada uno contribuya por su parte a esta grande obra, porque todo hombre tiene el deber de pisotear, cuando llega la ocasión, la cabeza de esta víbora que se llama la arbitrariedad y la ilegalidad⁶⁰”.

⁶⁰ VON IHERING, Rudolf, "La lucha por el Derecho", edición especial en homenaje al primer centenario de la publicación en Alemania, traducido por Adolfo GONZÁLEZ POSADA, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1974, pág. 49.